

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

EDITORES

ABRAHAM ALFREDO HERNÁNDEZ PAZ
ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA

Eric Durand De Sanjuan
Jesús España Lozano
Sara C. Ferreira Quevedo
Salvador Gerardo González Cruz
Marta Gonzalo Quiroga
Abraham Alfredo Hernández Paz
Rafael Ibarra Garza
Noé López Zúñiga
María Del Refugio Macías Sandoval
William Fernando Martínez Luna
Vera Patricia Prado Maillard
Gloria Puente Ochoa
Santiago Ramírez Reyes
Pedro Paul Rivera Hernández
Karla Eugenia Rodríguez Burgos
Karla Sáenz López
Hugo Salazar Mata
Arnulfo Sánchez García
Gerardo Tamez González
Carlos Ernesto Teissier Zavala
Vicente Torre Delgadillo
Alma Rocío Valdés Miramontes
M. Fernanda Vásquez Palma
Claire Wright

RECHTIKAL

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

**SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN
LAS RELACIONES COMERCIALES
INTERNACIONALES**

EDITORES

**ABRAHAM ALFREDO HERNÁNDEZ PAZ
ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA**

AUTORES

**ERIC DURAND DE SANJUAN
JESÚS ESPAÑA LOZANO
SARA C. FERREIRA QUEVEDO
SALVADOR GERARDO GONZÁLEZ CRUZ
MARTA GONZALO QUIROGA
ABRAHAM ALFREDO HERNÁNDEZ PAZ
RAFAEL IBARRA GARZA
NOÉ LÓPEZ ZÚÑIGA
MARÍA DEL REFUGIO MACÍAS SANDOVAL
WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ LUNA
VERA PATRICIA PRADO MAILLARD
GLORIA PUENTE OCHOA
SANTIAGO RAMÍREZ REYES
PEDRO PAUL RIVERA HERNÁNDEZ
KARLA EUGENIA RODRÍGUEZ BURGOS
KARLA SÁENZ LÓPEZ
HUGO SALAZAR MATA
ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA
GERARDO TAMEZ GONZÁLEZ
CARLOS ERNESTO TEISSIER ZAVALA
VICENTE TORRE DELGADILLO
ALMA ROCÍO VALDÉS MIRAMONTES
M. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA
CLAIRE WRIGHT**

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

EDITORES

ABRAHAM ALFREDO HERNÁNDEZ PAZ
ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA

RECHTIKAL

PRIMERA EDICIÓN

© Copyright 2015,

ERIC DURAND DE SANJUAN, JESÚS ESPAÑA LOZANO, SARA C. FERREIRA QUEVEDO, SALVADOR GERARDO GONZÁLEZ CRUZ, MARTA GONZALO QUIROGA, ABRAHAM ALFREDO HERNÁNDEZ PAZ, RAFAEL IBARRA GARZA, NOÉ LÓPEZ ZÚNIGA, MARÍA DEL REFUGIO MACÍAS SANDOVAL, WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ LUNA, VERA PATRICIA PRADO MAILLARD, GLORIA PUENTE OCHOA, SANTIAGO RAMÍREZ REYES, PEDRO PAUL RIVERA HERNÁNDEZ, KARLA EUGENIA RODRÍGUEZ BURGOS, KARLA SÁENZ LÓPEZ, HUGO SALAZAR MATA, ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA, GERARDO TAMEZ GONZÁLEZ, CARLOS ERNESTO TEISSIER ZAVALA, VICENTE TORRE DELGADILLO, ALMA ROCÍO VALDÉS MIRAMONTES, M. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA, CLAIRE WRIGHT.

RECHTIKAL S.A DE C.V.

Dr. Lucio 103-A3-L2

Col. Doctores, 06720 México, D.F.

Teléfonos: (55) 5761-4589,

(55) 6265-2065, Fax: (55) 5761-4589

www.rechtkal.com

rechtkal@gmail.com

ISBN 978-607-9282-18-9

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, en donde se establecen penas de prisión y/o multas, además de la indemnización correspondiente por daños y perjuicios, para quienes plagieren, distribuyeren o reprodujeran por cualquier medio —ya sea electrónico o fotomecánico— la totalidad o parcialidad de esta obra, sin la previa autorización del titular del copyright y del Editor.

Impreso en México

Printed in Mexico

CONTENIDO

SECCIÓN I

LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

- 1) EL ACCESO DEL TURISTA INTERNACIONAL A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA
Universidad Autónoma de Nuevo León
ABRAHAM ALFREDO HERNÁNDEZ PAZ
Universidad Autónoma de Nuevo León
JESÚS ESPAÑA LOZANO
Universidad Autónoma de Nuevo León
- 2) EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL COMO PUNTO DE CONEXIÓN PARA DETERMINAR LA LEY DEL CONTRATO
WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ LUNA
Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá
- 3) NOCIONES ESENCIALES SOBRE LA ARBITRABILIDAD: UNA APROXIMACIÓN A LAS LEGISLACIONES DE CHILE, MÉXICO Y ESPAÑA
M. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA
Universidad de Talca
- 4) LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA INCLUIDA EN UN FIDEICOMISOTRUST, UN ROMPIMIENTO CON EL PARADIGMA CONVENCIONAL DEL ARBITRAJE
RAFAEL IBARRA GARZA
Universidad Autónoma de Nuevo León
- 5) USO DE LA MEDIACIÓN EN SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MERCADO DE ARRENDAMIENTO
ERIC DURAND DE SANJUAN
Universidad Autónoma de Nuevo León
KARLA EUGENIA RODRÍGUEZ BURGOS
Universidad Autónoma de Nuevo León
- 6) LA LEY N° 516 DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES Y SU ANÁLISIS EN RELACIÓN A LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN BOLIVIA
SARA C. FERREIRA QUEVEDO
Universidad Católica Boliviana

Solución de Conflictos en las Relaciones Comerciales Internacionales

- 7) DERECHO INTERNACIONAL Y CONTEXTO LEGAL MEXICANO DURANTE LA NEGOCIACIÓN DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN).

VERA PATRICIA PRADO MAILLARD
Universidad Autónoma de Nuevo León

SALVADOR GERARDO GONZÁLEZ CRUZ
Universidad Autónoma de Nuevo León

- 8) LA RELACIÓN ENTRE ARBITRAJE Y ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO MEXICANO

SANTIAGO RAMÍREZ REYES
Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne

SECCIÓN II **LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES** **COMERCIALES INTERNACIONALES DESDE EL PUNTO** **DE VISTA SOCIAL**

- 1) LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

PEDRO PAUL RIVERA HERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Nuevo León

GERARDO TAMEZ GONZÁLEZ
Universidad Autónoma de Nuevo León

- 2) MÉTODOS ALTERNOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS EN LA INDUSTRIA DEL SEGURO: PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y SISTEMA ESPAÑOL

MARTA GONZALO QUIROGA
Universidad Rey Juan Carlos

KARLA SÁENZ LÓPEZ
Universidad Autónoma de Nuevo León

Contenido

- 3) LA GLOBALIZACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SU IMPACTO EN LA CAPACIDAD DE RECAUDACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS
Dr. VICENTE TORRE DELGADILLO
Universidad Autónoma de San Luis Potosí
- 4) LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO MÉXICO-UNIÓN EUROPEA
ALMA ROCÍO VALDÉS MIRAMONTES
Universidad Complutense de Madrid
- 5) ASPECTOS CULTURALES COMO PROBLEMA Y SOLUCIÓN EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL
CARLOS ERNESTO TEISSIER ZAVALA
Universidad Autónoma de Nuevo León
- 6) LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE ARREGLO DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES: UNA VISIÓN DESDE MÉXICO
MARÍA DEL REFUGIO MACÍAS SANDOVAL
Universidad Autónoma de Baja California
GLORIA PUENTE OCHOA
Universidad Autónoma de Baja California
NOÉ LÓPEZ ZÚÑIGA
Universidad Autónoma de Baja California
- 7) ASPECTOS SOCIO CULTURALES QUE INFLUYEN EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL COMERCIAL
MAM. SALVADOR GERARDO GONZÁLEZ CRUZ
Universidad Autónoma de Nuevo León
MRI VERA PATRICIA PRADO MAILLARD
Universidad Autónoma de Nuevo León
- 8) ACUERDOS COMERCIALES INTERNACIONALES Y CONFLICTOS SOCIALES: EL CASO DE LA "GUERRA DEL AGUA" EN BOLIVIA
CLAIRE WRIGHT
Universidad Autónoma de Nuevo León
HUGO SALAZAR MATA
Universidad Autónoma de Nuevo León

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN I LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

EL ACCESO DEL TURISTA INTERNACIONAL A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	21
1. INTRODUCCIÓN.....	22
2. JUSTICIA ALTERNATIVA Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO: ANÁLISIS DEL DERECHO AL TURISMO.....	23
3. RÉGIMEN JURÍDICO EN MÉXICO SOBRE MEDIACIÓN TURÍSTICA	29
4. MARCO JURÍDICO APLICABLE AL TURISTA EN MATERIA DE MASC: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE QUINTANA ROO	34
5. EL PAPEL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA MATERIA	39
6. BIBLIOGRAFÍA.....	40
EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL COMO PUNTO DE CONEXIÓN PARA DETERMINAR LA LEY DEL CONTRATO	43
1. INTRODUCCIÓN.....	44
2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO INTERNACIONAL	45
2.1. Aspectos introductorios.....	45
2.1.1. Autonomía de la voluntad material.....	46
2.1.2. Autonomía conflictual	47
3. VICISITUDES DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL.....	48
3.1. Ausencia de elección de la Ley del contrato.....	48
3.2. Elección parcial de la ley del contrato.....	50
3.3. Elección anómala de la ley del contrato	51
4. LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL Y LA INTERNACIONALIDAD DEL CONTRATO	51
4.1. Tesis del efecto internacional.....	53
4.2. Tesis del elemento extranjero	54
4.3. La internacionalidad del contrato producida por la autonomía conflictual	54
5. AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN EL DERECHO UNIFORME DE LA UNIÓN EUROPEA.....	57

Solución de Conflictos en las Relaciones Comerciales Internacionales

6. AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN EL DERECHO UNIFORME DE AMÉRICA LATINA	58
6.1. <i>El Tratado de Montevideo 1889</i>	58
6.1. <i>Tratado de Montevideo de 1940</i>	60
6.2. <i>Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México 1994</i>	61
7. CONCLUSIONES	62
8. BIBLIOGRAFÍA	63
NOCIONES ESENCIALES SOBRE LA ARBITRABILIDAD: UNA APROXIMACIÓN A LAS LEGISLACIONES DE CHILE, MÉXICO Y ESPAÑA	65
1. INTRODUCCIÓN	66
2. ASPECTOS ESENCIALES SOBRE LA COMPRESIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA ARBITRABILIDAD	66
2.1. <i>¿Qué debe entenderse por arbitrabilidad?</i>	66
3. LA ARBITRABILIDAD COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ DEL CONVENIO Y DEL PROCESO ARBITRAL	68
4. CRITERIOS EMPLEADOS PARA SU DELIMITACIÓN. REVISIÓN DEL DERECHO COMPARADO	70
5. TEMAS SENSIBLES DE SOMETER A ARBITRAJE: REFLEXIÓN SOBRE EL CARÁCTER EXPANSIVO	76
6. EL ECO DEL ORDEN PÚBLICO EN LA ARBITRABILIDAD: ¿CUÁNDO ES LÍMITE DEL ARBITRAJE Y CUÁNDO DE LA LABOR ARBITRAL?	77
7. ESTADO DE LA ARBITRABILIDAD EN CHILE	85
7.1. <i>Revisión de la arbitrabilidad en el arbitraje internacional e interno</i>	85
7.2. <i>Control de la arbitrabilidad</i>	93
8. LA ARBITRABILIDAD EN MÉXICO	101
8.1. <i>Nociones generales</i>	101
8.2. <i>Sobre la delimitación de la arbitrabilidad</i>	102
9. LA ARBITRABILIDAD EN ESPAÑA	103
10. CONCLUSIONES	107
11. BIBLIOGRAFÍA	108
LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA INCLUIDA EN UN FIDEICOMISOTRUST, UN ROMPIMIENTO CON EL PARADIGMA CONVENCIONAL DEL ARBITRAJE	112
1. INTRODUCCIÓN	113

Índice general

2. LOS OBSTÁCULOS A LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA INCLUIDA EN UN FIDEICOMISO-TRUST	116
2.1. <i>Los obstáculos a la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en el instrumento creador del trust</i>	116
1.2. <i>Los obstáculos a la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en el contrato de fideicomiso</i>	120
3. LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA INCLUIDA EN UN FIDEICOMISO-TRUST	122
3.1. <i>Los fundamentos teóricos de la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en un fideicomiso-trust</i>	123
3.1.1. La teoría contractual	123
3.1.2. La teoría del beneficio	123
3.1.3. La teoría de la intención	124
3.2. <i>Las reformas legislativas que prevén la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en un fideicomiso-trust</i>	126
3.2.1. Las reformas legislativas en los Estados de la familia de la <i>common law</i>	126
3.2.1.1. Las reformas del Estado de Florida	127
3.2.2. Las reformas legislativas en los Estados de la familia romano-germánica	129
4. CONCLUSIÓN	129
5. BIBLIOGRAFÍA	130
USO DE LA MEDIACIÓN EN SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MERCADO DE ARRENDAMIENTO	133
1. EL MERCADO DE ARRENDAMIENTO	134
1.1. <i>Características de los contratos y conflictos de arrendamiento</i>	135
1.2. <i>El arrendamiento como inversión de capital</i>	136
1.2.1. El conflicto como principal riesgo de inversión	138
1.3. <i>El costo de un proceso judicial</i>	139
1.3.1. Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea	139
1.3.2. Ley de Aranceles y Honorarios Profesionales 21.839 en Argentina	140
1.3.3. Código Federal de Procedimientos Civiles en México	140
1.4. <i>Duración de un proceso judicial como pérdida de capital</i>	141
2. LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA DISMINUIR EL RIESGO	142

Solución de Conflictos en las Relaciones Comerciales Internacionales

2.1. Beneficios económicos de la mediación y la reducción del costo de un procedimiento judicial	144
2.1.1. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.....	144
2.1.2. Reglamentación de la Ley Argentina 26,589	145
2.1.3. Costos de la mediación en México	146
2.2. Reducción del plazo de resolución definitiva.....	147
3. VIABILIDAD JURÍDICA PARA IMPLEMENTAR LA MEDIACIÓN	147
3.1. Contexto de la mediación en México.....	148
3.1.1. Impacto de los MASC en el sistema judicial.....	149
3.2. Contexto de la mediación en España	150
3.2.1. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.....	151
3.2.2. Real Decreto 5/2012.....	151
3.2.3. Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles	152
4. CONCLUSIONES.....	154
5. BIBLIOGRAFÍA.....	155
LA LEY N° 516 DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES Y SU ANÁLISIS EN RELACIÓN A LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN BOLIVIA.....	157
1. INTRODUCCIÓN.....	157
2. VIGENCIA Y CONTENIDO DE LA LEY N° 516, DE PROMOCIÓN DE INVER- SIONES	159
3. LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DESDE LA LEY N° 1770, DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EL PROBLEMA DE LOS TRA- TADOS PRE CONSTITUCIONALES	168
4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FUTURA LEY DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE.....	176
5. BIBLIOGRAFÍA.....	180
DERECHO INTERNACIONAL Y CONTEXTO LEGAL MEXICANO DURANTE LA NEGOCIACIÓN DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN).....	182
1. INTRODUCCIÓN.....	183
2. RELACIONES BILATERALES MÉXICO-ESTADOS UNIDOS ANTES DEL TLCAN.....	184
3. PROSPECTIVA MEXICANA POLÍTICA-COMERCIAL.....	188
4. CAMBIOS EN EL SISTEMA POLÍTICO Y EN LAS RELACIONES DIPLOMÁTI- CAS DE MÉXICO DE CARA A LA NEGOCIACIÓN DEL TLCAN	191
5. ESTRUCTURA DEL MARCO CONSTITUTIVO DEL TLCAN	193

Índice general

6. CONCLUSIONES	198
7. BIBLIOGRAFÍA.....	199
LA RELACIÓN ENTRE ARBITRAJE Y ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO MEXICANO.....	202
1. INTRODUCCIÓN.....	202
2. ORDEN PÚBLICO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO	206
1.1. Aceptación interna.....	206
1.2. El orden público en el derecho internacional mexicano.....	208
2. DIALÉCTICA ENTRE ARBITRAJE Y ORDEN PÚBLICO	211
3. RESPUESTAS APORTADAS POR EL SISTEMA JURÍDICO FRANCÉS.....	216
4. POSIBLES RESPUESTAS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO	219
5. CONCLUSIONES.....	220
6. BIBLIOGRAFÍA.....	222

SECCIÓN II LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIAL

LAMEDIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES.....	224
1. INTRODUCCIÓN.....	225
2. PANORAMA GENERAL DE LA MEDIACIÓN	226
3. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL COMO MECANISMO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIAL	232
4. CONCLUSIONES.....	238
5. BIBLIOGRAFÍA.....	239
MÉTODOS ALTERNOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS EN LA INDUSTRIA DEL SEGURO: PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y SISTEMA ESPAÑOL.....	240
1. INTRODUCCIÓN.....	241
2. ADR Y SEGUROS.....	243
2.1. ¿Cuáles son los ADR/MASC más utilizados en el ámbito asegurador?.....	243
2.2. Diferencias generales entre los principales ADRs que operan en el sector asegurador	244
2.2.1. Negociación	244
2.2.2. Transacción	244
2.2.3. Evaluación Pericial o Peritos independientes	245

Solución de Conflictos en las Relaciones Comerciales Internacionales

2.2.4. Mini juicio (Mini-trial) o Audiencia Ejecutiva (Executive Hearing)	246
2.2.5. Arbitraje	246
2.2.6. Mediación	248
2.2.7. Arb/Med (o Med/Arb)	249
2.2.8. Conciliación	249
2.2.9. El Defensor del Asegurado	250
3. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LOS MASC EN LA INDUSTRIA DEL SEGURO	251
3.1. <i>¿Cuándo un ADR es una opción válida en la industria del seguro?</i>	254
3.2. <i>¿Cuándo no lo es?</i>	256
4. ANÁLISIS DE LA REALIDAD ASEGURADORA EN ESPAÑA: ¿ES LA MEDIACIÓN UNA HERRAMIENTA EFICAZ?	257
4.1. <i>Análisis de la justicia en España en el ámbito asegurador</i>	257
4.1.1. Causas del análisis	257
4.1.2. Resultados	258
4.2. <i>¿Por qué, de entre los ADRs, la mediación?</i>	260
5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	261
6. BIBLIOGRAFÍA	263
LA GLOBALIZACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SU IMPACTO EN LA CAPACIDAD DE RECAUDACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS	264
1. INTRODUCCIÓN	265
2. TIPOS DE COMERCIO ELECTRÓNICO	267
2.1. <i>De acuerdo a los canales de distribución</i>	267
2.2. <i>De acuerdo con lo sujetos involucrados</i>	268
3. PROBLEMAS DERIVADOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO QUE INFLUYEN EN EL ESTABLECIMIENTO DEL VALOR DE MERCADO DE LOS BIENES QUE SE TRANSFIEREN	270
3.1. DESLOCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA	270
3.2. DESMATERIALIZACIÓN DE BIENES Y PRODUCTOS	271
4. CONCLUSIONES	273
5. BIBLIOGRAFÍA	275
LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO MÉXICO-UNIÓN EUROPEA	278
1. INTRODUCCIÓN	279

Índice general

2. LOS MASC EN EL DERECHO INTERNACIONAL	279
3. ANTECEDENTES DE LAS RELACIONES ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EURO- PEA.....	282
4. EL ACUERDO MÉXICO-UNIÓN EUROPEA.....	284
5. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO MÉXICO-UNIÓN EURO- PEA.....	286
5.1. EL MECANISMO DIPLOMÁTICO-POLÍTICO	286
5.2. EL MECANISMO COMERCIAL	287
5.2.1. PRIMERA ETAPA: CONSULTAS	288
5.2.2. SEGUNDA ETAPA: LA FASE ARBITRAL.....	289
5.2.2.1. ELECCIÓN DE FORO.....	290
5.2.2.2. ESTABLECIMIENTO E INTEGRACIÓN DEL PANEL ARBITRAL	291
5.2.2.3. CUMPLIMIENTO DEL INFORME DEL PANEL	293
5.2.2.4. SUSPENSIÓN DE BENEFICIOS.....	293
5.3. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PARTICULARES.....	294
6. CONCLUSIONES.....	295
7. BIBLIOGRAFÍA.....	296
ASPECTOS CULTURALES COMO PROBLEMA Y SOLUCIÓN EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL.....	298
1. INTRODUCCIÓN.....	299
2. PROBLEMÁTICA INTERCULTURAL EN LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES	301
2.1. <i>Identidad internacional de la empresa</i>	302
2.2. <i>El mundo "más internacional" que antes</i>	304
2.3. <i>El negociador internacional y la problemática intercultural</i>	305
2.4. <i>El proceso de negociación ante la perspectiva internacional</i>	305
3. ¿QUÉ ES CULTURA Y DONDE INICIA LA DIVERSIDAD CULTURAL?.....	307
3.1. <i>La cultura como programación mental</i>	308
3.2. <i>Los elementos de la cultura</i>	309
3.3. <i>La cebolla cultural</i>	311
4. LA DIVERSIDAD CULTURAL COMO OBSTÁCULO EN LOS NEGOCIOS INTER- NACIONALES.	314
4.1. <i>Principales problemas del negociador internacional</i>	314
4.2. <i>El Etnocentrismo</i>	316
4.3. <i>El perfil cultural del negociador</i>	316

Solución de Conflictos en las Relaciones Comerciales Internacionales

5. EL MODELO DE HOFSTEDE.....	318
5.1. Dimensión del poder.....	319
5.2. Dimensión de individualismo/colectivismo	319
5.3. Dimensión de masculinidad	320
5.4. Dimensión de resistencia a la incertidumbre	320
5.5. Dimensión de pragmatismo.....	320
5.6. Dimensión de indulgencia o restricción	321
6. LA ADAPTACIÓN CULTURAL EN LOS NEGOCIOS.....	321
7. CONCLUSIONES.....	323
8. BIBLIOGRAFÍA.....	324
LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE ARREGLO DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES: UNA VISIÓN DESDE MÉXICO	326
1. INTRODUCCIÓN.....	327
2. LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO.....	328
3. EL ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS EN LAS RELACIONES INTER- NACIONALES	330
4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA	331
5. LA NEGOCIACIÓN.....	332
6. LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN	334
6.1. En la doctrina.....	334
6.2. En el Derecho interno.....	339
6.3. Su regulación en el Derecho interno y la repercusión en la inversión extranjera	341
7. EL ARBITRAJE.....	341
8. CONCLUSIONES.....	343
9. BIBLIOGRAFÍA.....	344
ASPECTOS SOCIO CULTURALES QUE INFLUYEN EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL COMERCIAL	346
1. INTRODUCCIÓN.....	347
2. EL ENTENDIMIENTO DE LA COMPLEJIDAD CULTURAL Y LA COMUNICA- CIÓN EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL	350
3. LA INFORMACIÓN COMO UN ELEMENTO QUE SIRVE PARA ESTABLECER ESTRATEGIAS DE NEGOCIACIÓN	361
4. LA RELACIÓN EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL	362
5. NEGOCIACIÓN POLÍTICA Y DIPLOMÁTICA.....	368

Índice general

6. CONCLUSIÓN	372
7. BIBLIOGRAFÍA.....	374
ACUERDOS COMERCIALES INTERNACIONALES Y CONFLICTOS SOCIALES: EL CASO DE LA "GUERRA DEL AGUA" EN BOLIVIA.....	376
1. INTRODUCCIÓN.....	377
2. ASPECTOS TEÓRICOS.....	378
2.1. <i>El conflicto</i>	378
2.2. <i>La protesta</i>	379
2.3. <i>La represión</i>	380
2.4. <i>El diálogo</i>	382
3. SOBRE LOS CONFLICTOS SOCIALES Y EL RÉGIMEN POLÍTICO EN BOLIVIA	383
3.1. <i>1964-1982: Regímenes militares y represión de la conflictividad socia</i>	383
3.2. <i>1980-2000: Sistemas democráticos con conflictos importantes</i>	384
3.3. <i>2000-2014: Profundización de la democracia y persistencia de conflictos sociales</i>	384
4. EL CASO DE LA GUERRA DEL AGUA	386
4.1. <i>El conflicto</i>	386
4.2. <i>La represión</i>	387
4.3. <i>Las críticas</i>	388
4.4. <i>El diálogo</i>	390
5. CONCLUSIONES.....	391
6. BIBLIOGRAFÍA.....	392

SECCIÓN I

LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

EL ACCESO DEL TURISTA INTERNACIONAL A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA¹

Universidad Autónoma de Nuevo León

ABRAHAM ALFREDO HERNÁNDEZ PAZ²

Universidad Autónoma de Nuevo León

JESÚS ESPAÑA LOZANO³

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. La presente aportación tiene como fin aportar una visión integral del acceso del turista a la justicia en aquellos casos donde se ve

- 1 Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor titular de Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Abogado. Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Investigador Nacional Nivel I CONACYT (SNI-I). Secretario General de la Asociación de Doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos ASID/MASC. arnulfosanchezgarcia@hotmail.com.
- 2 Doctor en Gerencia y Política Educativa. Profesor titular de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública en la Universidad Autónoma de Nuevo León. abraham.hdz@gmail.com.
- 3 Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Gerente de Distrito de World Mediation Organisation. Mediador de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Nuevo León. espanajesus@hotmail.com.

vulnerados sus derechos. Si bien, el enfoque se asume desde la perspectiva mexicana, se debe tener en cuenta la realidad del país como potencia turística a nivel internacional, y la relevancia del sector como un esquema de comercio internacional por servicios.

Palabras clave. Turismo, consumo, conflicto, mediación.

Keywords. Tourism, consumption, conflict, mediation.

Sumario: 1. Introducción; 2. Justicia alternativa y solución de conflictos en materia de consumo: análisis del derecho al turismo; 3. Régimen jurídico en México sobre mediación turística; 4. Marco jurídico aplicable al turista en materia de MASC: especial referencia al caso de Quintana Roo; 5. El papel de las nuevas tecnologías en materia de solución de conflictos en la materia; 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo corresponde abordar el tema referente al acceso del turista a un sistema de solución de conflictos no adversarial, económico y rápido, pero sobre todo eficaz. Ello tomando en consideración que se trata de una actividad de especial relevancia para la economía mexicana, al situarse como un sector que abona considerablemente al crecimiento de la economía nacional. Así, según datos de la Organización Mundial del Turismo, en el año 2013 la subregión de América del Norte, que es la mayor de todas al concentrar las dos terceras partes de las llegadas en la región, ha registrado un aumento del 3%, lo que ha significado un aumento del 5% para los Estados Unidos de Norte América, un 2% para Canadá y un 1% para México⁴.

Ahora bien, es pertinente aclarar que en el trabajo se contempla estudiar el acceso del turista a mecanismos que brinden seguridad jurídica y justicia, lo cual da como resultado la necesidad de centrar la atención en la relación entre los turistas y los operadores turísticos que brindan el servicio. Por ello, se deja de lado el estudio de la interacción de los

⁴ Panorama OMT de la Organización Internacional del Turismo, 2014. Disponible en sitio Web de la OMT <http://mkt.unwto.org/publication/unwto-tourism-highlights-2014-edition>

turistas con la sociedad que acogida, sobre todo en aquellos casos donde puedan surgir cuestiones a partir de diferencias culturales⁵.

2. JUSTICIA ALTERNATIVA Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO: ANÁLISIS DEL DERECHO AL TURISMO

Todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de bienes y servicios. La actividad económica tiende a la satisfacción de estas necesidades, y toda la actividad mercantil —con ánimo de lucro— está dirigida a satisfacer necesidades, comodidades, gustos y hasta vanidades humanas. Los consumidores pueden existir sin que haya actividad comercial, como ha ocurrido en las civilizaciones primitivas; pero no puede existir el comercio sin consumidores⁶. De tal suerte que predomina de manera importante el rol que juega el consumidor como impulsor de la actividad económica en el comercio.

En la actualidad es posible encontrar en las distintas entidades federativas, Centros de Justicia Alternativa, la mayoría de ellos creados en base a alguna fuente normativa de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia o alguna otra legislación secundaria. Por lo general tienen como misión fundamental facilitar la solución del conflicto, como ejercicio del derecho de acceso a la justicia en aquellas materias que la misma legislación civil y/o penal lo permite⁷.

En materia de consumo existen leyes y reglamentos de carácter especial que consagran los derechos de los consumidores y que bien pueden hacerse valer ante tribunales judiciales, teniendo en cuenta el derecho de acceso a la justicia consagrado en el segundo párrafo de artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 5

5 Para un trabajo donde se estudia el papel del guía de turistas como facilitador entre el turista y los habitantes del lugar de visita véase JENSEN, ØYSTEIN, *Social mediation in remote developing world tourism locations- the significance of social ties between local guides and host communities in sustainable tourism development*, Journal of Sustainable Journal, vol. 18, No. 5, June 2010

6 FARINA, JUAN, *Defensa del consumidor y del usuario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000

7 HIDALGO, JOSÉ DANIEL, *Justicia Alternativa en el proceso penal mexicano*, Porrúa, México, 2010.

de febrero de 1917. Sin embargo, este tipo de asuntos requieren cierta rapidez en su tramitación dado el dinamismo del consumo como actividad humana, pero sin descuidar la seguridad jurídica que garantice el respeto de los derechos personales del consumidor y el cumplimiento cabal de las obligaciones del prestador del servicio de consumo en los términos pactados y en el menor tiempo posible.

El Derecho del Consumidor es una de las ramas del Derecho más modernas de la ciencia jurídica y como tal exige un verdadero cambio de mentalidad por parte de los operadores del Derecho⁸. Dicho sea de paso, la justicia alternativa o los mecanismos alternos de solución de controversias a pesar de ser herramientas utilizadas por el ser humano a lo largo de la historia, actualmente se ha configurado un esquema jurídicamente bien sustentado que le atribuye el carácter de instrumentos de resolución de conflictos adaptado a los tiempos actuales, pues aparecen reforzados en las legislaciones, con una mejor especialización y profesionalismo de lo que se venía haciendo antaño.

Por su parte, la actividad comercial requiere, desde luego, herramientas que puedan ser utilizadas para solucionar los conflictos de una manera rápida, pero sobre todo sencilla. La justicia alternativa y las herramientas que la materializan tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje forman un conjunto de elementos imprescindibles para el comercio, sobre todo en aquella rama enfocada a la atención del consumidor.

En el caso de la conciliación se cuenta con una amplia gama de supuestos de aplicación en el sistema jurídico mexicano, y se erige como una disciplina multidisciplinaria que encuadra en las figuras del Derecho Procesal del Trabajo, del Derecho Procesal Civil y Penal entre otros más. Así, en la actualidad ha alcanzado la categoría de instancia imprescindible en aquellas controversias que se presentan en una diversidad de actividades relacionadas con instituciones bancarias, de seguros, de turismo: todas ellas relacionadas con el consumo⁹.

8 KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Turismo, Derecho y economía regional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003

9 VILLASEÑOR, JOSÉ LUIS, *Derecho turístico mexicano*, Editorial Harla, México, 1992.

Ahora bien, se debe tener en consideración que la actividad turística se ha venido configurando como un derecho inherente al ser humano, al respecto, en el art. 7 de Código Ético Mundial para el Turismo (CEMT) se ha consagrado de esa manera, a partir del derecho al descanso y al ocio en concordancia con la limitación de la actividad laboral¹⁰. Por ello, no es de extrañar que la conciliación aplicada en los conflictos derivados de cuestiones turísticas esté contemplada en la legislación mexicana, y lo que es más, desde 1969, dentro del RAV (Reglamento de Agencias de Viaje) anticipándose al CEMT.

Así, dentro de ese ordenamiento, concretamente en los artículos 35 al 37 se contemplaba primero una audiencia previa entre las partes para lograr un avenimiento; si este último no se lograba, entonces se les exhortaba a someter su conflicto a una segunda audiencia de arbitraje en la Dirección General de servicios jurídicos, dependiente de la SECTUR, para celebrar ante ella un compromiso arbitral que, en caso de no surtir los efectos deseados, dejaba a salvo los derechos de las partes para que se dedujesen ante las autoridades competentes. Así, ese movimiento ascendente del arbitraje privado llegó al RAV en sus disposiciones de los artículos 32 al 41 del Diario oficial del 11 de mayo de 1982¹¹.

La tendencia a privilegiar la aplicación de los MASC en el sector del consumo es patente también en otros sistemas jurídicos, así desde el año 2002, y tomando en consideración múltiples esfuerzos normativos previos de carácter comunitarios¹², se logró concretar el libro verde sobre las Modalidades Alternativas en el ámbito del Derecho Civil y

10 El Código Ético Mundial para el Turismo es un documento aprobado mediante resolución A/RES/406(XIII) de la decimotercer Asamblea de la Organización Mundial del Turismo celebrada en Santiago de Chile, del 27 de septiembre al 1 de octubre de 2009. Para un estudio que aborda la cuestión véase MILLÁN ESCRICHE, MERCEDES, "Turismo accesible/Turismo para todos, un derecho ante la discapacidad", *Gran Tour, Revista de Investigaciones Turísticas*, N°2, 2010.

11 BRISEÑO, HUMBERTO, "La defensa jurídica del consumidor", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XXXV, núm. 139, 140 y 141, 1985.

12 Para un estudio pormenorizado de las distintas recomendaciones y normativas expedidas al ámbito de la Unión Europea véase GARCÍA PRESAS, INMACULADA, *Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España*, Dereito, España, 2009.

Mercantil, el cual considera fundamental tomar en cuenta las iniciativas previas en materia de ADR aplicadas al sector de consumo, para ampliar la gama de protección al área civil y mercantil, puesto que éstas ayudan a resolver el conflicto de raíz para evitar su resurgimiento.

Por ende, es vital que la justicia alternativa sea agotada ante cualquier conflicto derivado de la materia de consumo, pues el apostar por un procedimiento eminentemente judicial acarreará más gastos económicos, lo que propiciaría que los afectados en muchos casos no tuvieran la oportunidad de acceder a la justicia.

Al respecto, ECHAIDE IZQUIERDO y LARA GONZÁLEZ han señalado que en las sociedades modernas ha imperado un sistema de economía de mercado, fundamentado en la libre competencia, con la visión de una asignación de recursos más eficaz y eficiente e impactar positivamente el desarrollo económico. Sin embargo, hacen hincapié en que en un mercado sin regulación, los bienes y servicios aportados por los agentes económicos presentan importantes lagunas, pudiendo limitar o restringir un esquema que genere la competitividad y también ocasionan el riesgo de lesionar su funcionamiento eficiente, provocando para el consumidor situaciones de desigualdad o desequilibrio, de modo que para la protección de los intereses económicos de los consumidores es necesario generar una competencia leal, destacando iniciativas tendentes fomentar una actividad del consumidor en el mercado, tales como: educación, formación, la asociación y acceso a la justicia de los consumidores¹³.

Vale la pena mencionar una perspectiva aportada por LEIÑENA MENDIZÁBAL, quien señala que, en España, a partir de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, de 10 de enero, así como de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales y la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, entre otros ordenamientos, se dispone de un esquema de defensa del consumidor sobre las prácticas comerciales desleales, toda vez que se

13 ECHAIDE IZQUIERDO, JUAN MIGUEL y LARA GONZÁLEZ, RAFAEL, *Consumo y Derecho: Elementos jurídico-privados de Derecho de Consumo*, ESIC Editorial, España, 2006

entiende que las buena fe del mercado afecta no sólo las prácticas entre empresarios, sino las de éstos con los consumidores también¹⁴.

Así, la justicia alternativa a través de sus múltiples mecanismos de solución de conflictos juegan un papel importante dentro del sistema legal inherente a los consumidores, pues precisamente estas herramientas son las que pueden, en un momento dado, brindar a los usuarios turísticos una justicia más pronta y dinámica, mediante la implementación de trámites ágiles para solucionar una situación de controversia con el operador turístico.

Finalmente, dirigiendo la atención al caso mexicano, debemos señalar que en materia de consumo es indispensable traer a colación al sistema de la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), pues es esta dependencia quien se encarga de garantizar los derechos de los consumidores. Con el objeto presentar de manera sistematizada al sistema PROFECO a continuación se ofrece al lector un cuadro referencial en donde se precisa la utilización de los mecanismos alternos de solución de conflictos, así como el procedimiento que se utiliza para la conciliación y para el arbitraje.

PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR (PROFECO) JUSTICIA ALTERNATIVA	
LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, DE 24 DE DICIEMBRE DE 1992:	Artículo 1. La presente ley es de orden público e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.

14 LEIÑENA MENDIZÁBAL, ELENA, *El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales*, Cuadernos de Derecho y Comercio, Núm. 59, 2013.

Solución de Conflictos en las Relaciones Comerciales Internacionales

PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR (PROFECO) JUSTICIA ALTERNATIVA		
MÉTODO ALTER- NO UTILIZADO:	CONCILIACIÓN.	ARBITRAJE.
DEFINICIÓN:	La conciliación implica la colaboración de un tercero neutral a quienes las partes ceden cierto control sobre el proceso pero sin delegar en él la solución ¹⁵ .	Es el proceso en el cual interviene un árbitro escogido por aquellos que tienen una controversia, para que la dirima basada en la buena fe y la equidad ¹⁶ .
INICIO DEL PROCEDIMIENTO (CONCILIACIÓN/ ARBITRAJE):	Artículo 111. La Procuraduría señalará día y hora para la celebración de una audiencia de conciliación en la que se procurará avenir los intereses de las partes.	Artículo 117. La Procuraduría podrá actuar como árbitro entre consumidores y proveedores cuando los interesados así la designen y sin necesidad de reclamación o procedimiento conciliatorio previos, observando los principios de legalidad, equidad y de igualdad entre las partes.
FORMA DE CELEBRACIÓN:	Artículo 111. La conciliación podrá celebrarse vía telefónica o por otro medio idóneo ¹⁷ .	Artículo 118. El arbitraje es en estricto derecho o en amigable composición.
PROCEDIMIENTO:	Artículo 113. El conciliador expondrá a las partes un resumen de la reclamación y del informe presentado, señalando los elementos comunes y los puntos de controversia, y las exhortará para llegar a un arreglo. Sin prejuzgar sobre el conflicto planteado, les presentará una o varias opciones de solución, salvaguardando los derechos del consumidor. Artículo 114. El conciliador podrá suspender cuando lo estime pertinente o a instancia de ambas partes, la audiencia de conciliación hasta en tres ocasiones.	Artículo 119. En la amigable composición se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje y el árbitro tendrá libertad para resolver en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento. Artículo 120. En el juicio arbitral de estricto derecho las partes formularán compromiso en el que fijarán las reglas del procedimiento, acordes con los principios de legalidad; equidad e igualdad entre las partes.

15 CAIVANO, ROQUE, *Negociación, conciliación y arbitraje: Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*, Editorial Apenac, Lima, 1998.

16 BECERRA BAUTISTA, JOSÉ, *El proceso civil en México*, Porrúa, México, 1975

17 Para este caso la Ley de protección al consumidor pone de manifiesto la posibilidad de llevar a cabo la conciliación vía electrónica.

PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR (PROFECO) JUSTICIA ALTERNATIVA		
MÉTODO ALTER- NO UTILIZADO:	CONCILIACIÓN.	ARBITRAJE.
VALIDEZ DEL ACUERDO-LAUO.	Artículo 115. Los acuerdos de trámite que emita el conciliador no admitirán recurso alguno. Los convenios celebrados por las partes serán aprobados por la Procuraduría cuando no vayan en contra de la ley, y el acuerdo que los apruebe no admitirá recurso alguno.	Artículo 122. Las resoluciones que se dicten durante el procedimiento arbitral admitirán como único recurso el de revocación, que deberá resolverse por el árbitro designado en un plazo no mayor de tres días. El laudo arbitral sólo estará sujeto a aclaración dentro de los dos días siguientes a la fecha de su notificación.
TERMINACIÓN.	Artículo 116. En caso de no haber conciliación, el conciliador exhortará a las partes para que designen como árbitro a la Procuraduría o a algún árbitro independiente para solucionar el conflicto. En caso de no aceptarse el arbitraje se dejarán a salvo los derechos de ambas partes.	Artículo 121. El laudo arbitral emitido por la Procuraduría o por el árbitro designado por las partes deberá cumplimentarse o, en su caso, iniciar su cumplimentación dentro de los quince días siguientes a la fecha de su notificación, salvo pacto en contrario.

3. RÉGIMEN JURÍDICO EN MÉXICO SOBRE MEDIACIÓN TURÍSTICA

Como hemos visto, el estado de desventaja del turista como consumidor frente al prestador del servicio turístico pone de relieve la necesidad de protegerlo, so pena de generar una desestabilización de un mercado en crecimiento¹⁸. FARINA señala que para que el mercado continúe desenvolviéndose se requiere más inversión, investigación, nuevas tecnologías, creación de nuevos bienes de consumo, progreso constante en las técnicas de comercialización y marketing y en todos los supuestos es

¹⁸ Esta cuestión cobra sentido si se tiene en cuenta el creciente mercado turístico, en el documento denominado Panorama OMT de la Organización Internacional del Turismo, 2014, se pone de relieve que mientras en 1950 existían 25 millones de turistas internacionales en el mundo, para el año 2013 la cifra ha llegado a los 1087 millones. Disponible en sitio Web de la OMT <http://mkt.unwto.org/publication/unwto-tourism-highlights-2014-edition>

necesario el fortalecimiento de la figura del consumidor, lo que apunta a solidificar un mercado más dinámico¹⁹.

Por ende, la importancia de que existan legislaciones que protejan al turista se vuelve preponderante, pues el consumidor turístico es un elemento importante dentro de la economía del Estado y, en consecuencia, se requieren herramientas que garanticen la efectiva tramitación y solución de los conflictos en materia turística.

GONZÁLEZ ALPUCHE apunta que el turismo emerge de las necesidades y deseos del hombre²⁰. Entendemos al turismo no sólo como una actividad económica, sino también como una actividad social encaminada al esparcimiento, entretenimiento o diversión y en general a la realización de actividades de ocio, necesarias para configurar un esquema integrar del desempeño de la vida humana.

La conceptualización con tintes jurídicos del turismo apunta a un concepto que bien lo puede definir como todo desplazamiento voluntario y temporal, determinado por causas ajenas al lucro, en concordancia con el conjunto de situaciones que en los distintos países hacen posibles esos desplazamientos, junto con las relaciones y hechos acontecidos entre éstos y los viajeros²¹. Así, en términos constitucionales existen tres preceptos legales que amparan de manera puntual los derechos del turista: arts. 1, 11 y 17 de la Constitución mexicana.

En el primero de los artículos referenciados se establece que:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

19 FARINA, JUAN, *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

20 GONZÁLEZ ALPUCHE, RAFAEL, *El trabajador y el turismo*, conferencia, México, Asociación Nacional de Abogados, 1970.

21 DE ARRIAGA, JOSÉ IGNACIO, *Ensayo sobre turismo*, Editur, Barcelona, 1926.

En este sentido, se tiene que los derechos que consagra este artículo privilegia los derechos humanos, con los que cuenta no sólo a nacionales, sino también los extranjeros que visitan territorio mexicano, destacándose la efectiva protección de las garantías correspondientes.

Por otra parte, se trae a colación el artículo 11 constitucional que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

En este artículo se consagra la libertad de tránsito, también conocida como garantía de movilidad, vista en dos vertientes: la primera referente a la libre movilidad dentro del territorio nacional sin la necesidad de salvoconductos o documentos similares; en segundo término consistente en la posibilidad entrar y salir del territorio nacional mexicano, desde luego con limitante de la necesidad de presentar un pasaporte o permisos especiales con el objeto de que las autoridades migratorias puedan identificar a las personas que cruzan las fronteras, así como registrar y controlar todos los movimientos migratorios²². De esa manera se privilegia la posibilidad de recorrer el país de manera autónoma, de tal suerte que el turista puede pasear con tranquilidad y seguridad dentro de la República Mexicana, no obstante, cumpliendo con las siguientes obligaciones dispuestas en la norma secundaria de turismo:

- I. Observar las normas usuales de convivencia en los establecimientos turísticos;
- II. Respetar el entorno natural y patrimonio cultural de los sitios en los que realice una actividad turística;

22 RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, JESÚS, *Artículo 11*. En VV.AA, Constitución de los Estados Unidos Mexicanos comentada, 3a ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992.

- III. Acatar las prescripciones particulares de establecimientos mercantiles y empresas cuyos servicios turísticos disfruten o contraten y, particularmente las normas y reglamentos mercantiles de uso o de régimen interior, y
- IV. Pagar el precio de los servicios utilizados en el momento de la presentación de la factura o del documento que ampare el pago en el plazo pactado²³.

Así mismo, el artículo 17 Constitucional, hace referencia a la impartición de una justicia eficiente y privilegia la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos al señalar expresamente que:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales..., y posteriormente se señala que... Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias....

Al respecto, la Ley General de Turismo incorpora en su cuerpo normativo los métodos alternos, con la intención de solucionar conflictos derivados de esta rama en particular. Para ello presentamos la siguiente tabla que proyecta los derechos del turista y la forma en que en un momento dado puede resolver sus conflictos.

LEY GENERAL DE TURISMO	
Artículo 1. La presente Ley es de orden público e interés social, de observancia general en toda la República en materia turística, correspondiendo su aplicación en forma concurrente al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Turismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias a las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, así como a los Estados, Municipios y el Distrito Federal.	
COMPETENCIA:	Artículo 53. Las relaciones entre los prestadores de servicios turísticos y el turista se regirán por lo que las partes convengan, observándose la presente Ley, la Ley Federal de Protección al Consumidor y las demás leyes aplicables.

23 Artículo 62 de la Ley General de Turismo.

LEY GENERAL DE TURISMO	
OBLIGACIÓN DE LA SECRETARÍA	Artículo 7. XIV. Instrumentar, en coordinación con la Procuraduría Federal del Consumidor, normas de procedimientos tendientes a garantizar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios turísticos, tales como métodos alternativos que resuelvan conflictos ante incumplimientos por parte de prestadores de servicios turísticos;...
OBLIGACIÓN DEL PRESTADOR DE SERVICIO TURÍSTICO	Artículo 58. III. Implementar los procedimientos alternativos que determine la Secretaría, para la atención de quejas...
SANCIONES	<p>Artículo 68. Las infracciones a lo dispuesto en esta Ley, su Reglamento y las Normas Oficiales Mexicanas, así como las derivadas de las quejas de los turistas, serán sancionadas por la Secretaría, para lo cual deberá iniciar y resolver el procedimiento administrativo de infracción, de conformidad con lo dispuesto en la Ley, su reglamento y la Ley Federal del Procedimiento Administrativo.</p> <p>Cuando derivado de una queja presentada por un turista ante la Procuraduría Federal del Consumidor, se detecte el probable incumplimiento de las disposiciones de esta Ley o de las disposiciones que de ella emanen, la Secretaría, podrá iniciar el procedimiento administrativo correspondiente, así como requerir al prestador de servicios turísticos información que estime para esclarecer los hechos.</p>
TRABAJO EN CONJUNTO	Artículo 73. ...La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor compartirá con la Secretaría información sobre los prestadores de servicios turísticos que tenga registrados en sus bases de datos, tanto en materia de quejas recibidas como en lo relativo a los contratos de adhesión que le sean presentados para su registro.

De acuerdo al esquema anterior se puede observar que dicha ley contempla los métodos alternativos no como una mera posibilidad, sino de manera más bien preceptiva, por parte de la Secretaría de Turismo y de todo aquel que preste servicios en materia turística, de ahí la aplicación de la mediación en esta materia.

Por ello, es importante adoptar como primera opción utilizar la mediación como herramienta alternativa a un proceso legal. Entendiendo, de acuerdo con SERRANO MIGALLÓN, que dentro de la mediación, el tercero conduce las negociaciones, participa activamente y sugiere posibles soluciones, aunque las propuestas son emitidas de manera informal y con base en la información proporcionada por las partes²⁴.

Constituye un esfuerzo estructurado para facilitar la comunicación entre los contrarios, en lo que las partes pueden voluntariamente evitar un largo proceso judicial —con el desgaste económico y emocional que éste conlleva— pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, económica y cordial²⁵.

4. MARCO JURÍDICO APLICABLE AL TURISTA EN MATERIA DE MASC: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE QUINTANA ROO

En el presente trabajo se hace especial referencia a la ley del Estado de Quintana Roo, publicada el 7 de abril de 2014, toda vez que contiene un esquema regulatorio que atiende a los turistas nacionales e internacionales de la entidad (arts. 87-91). Se prevé, específicamente en su artículo 7, que la dependencia responsable de recibir los asuntos es precisamente el Centro de Justicia Alternativa, como órgano encargado de sustanciar procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje que pongan fin a los conflictos de carácter jurídico de naturaleza exclusivamente privada.

Dicha Ley estatal establece el procedimiento que se deberá seguir para lograr la solución de los conflictos turísticos, mismos que se describen a continuación: primero, se advierte que los convenios celebrados ante el Centro de Justicia Alternativa no admitirán recurso alguno por lo que alcanzará la categoría de cosa juzgada por ministerio de ley, su

24 SERRANO MIGALLÓN, FERNANDO, *El capítulo XX Disposiciones institucionales y procedimientos para la resolución de controversias*. En WITKER, JORGE (Coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1993.

25 PEÑA, OSCAR, *Mediación y conciliación extrajudicial*, Editorial Flores Editor y Distribuidor, México, 2014.

cumplimiento se solicitará, en caso de ser necesario, al Juez competente en la vía de apremio o ejecución de la sentencia²⁶.

En la ahora abrogada Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Quintana Roo, de 6 de agosto de 1997²⁷, se establecía como procedimiento a seguir en el Centro en aquellos casos de incumplimiento, que se mandaría citar a la parte obligada; en caso de no asistir se le debía apercibir con alguno de los medios de apremio a que se refiere el Artículo 13 de dicha Ley²⁸. Es decir, se podían emplear como medios de apremio por parte del Centro de Justicia Alternativa las siguientes medidas:

- I. Multa de tres hasta doscientas veces el salario mínimo diario vigente en el Estado Quintana Roo;
- II. El auxilio de la fuerza pública; y
- III. El arresto hasta por 36 horas.
- IV. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día. La multa impuesta a los trabajadores no asalariados no excederá del equivalente de un día de su ingreso.

Pastrana señala que el proceso de mediación no podrá efectuarse si las partes involucradas no tuviesen el deseo, la iniciativa, la voluntad de transformar su conflicto²⁹. Teniendo esto en cuenta, dichas medidas no tenían el propósito de sancionar propiamente el incumplimiento del acuerdo alcanzado en la mediación, sino por la omisión de comparecer a una cita de autoridad de carácter administrativo.

26 Artículo 72 de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo.

27 Entre la mencionada ley, y la nueva de 7 de abril de 2014, existió una Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Quintana Roo, de 16 de diciembre de 2009, la cual fue abrogada por el artículo transitorio segundo del nuevo ordenamiento.

28 Art. 16.

29 PASTRANA, LAURA, *La mediación en el sistema procesal acusatorio en México*. Flores Editor y distribuidor, México, 2013.

Este esquema viciaba el espíritu de la justicia alternativa, pues ésta en ninguna etapa tendría que sujetarse a métodos coercitivos, ya que su esencia es enteramente libre y voluntaria en todas y cada una de sus etapas, sin embargo, el principio *pacta sunt servanda* obligó a que la nueva legislación optara por una solución distinta.

Con la actual ley, se tiene que en caso de incumplimiento y ante la solicitud del afectado se les citará a ambas partes a una audiencia aclaratoria³⁰, en caso de inasistencia de la parte incumplidora se le otorgará un término de 5 días para rendir la justificación correspondiente³¹, posteriormente, el gestor del Centro de Justicia Alternativa citará nuevamente a las partes a efecto de dar seguimiento, y ante la ausencia de comparecencia o cumplimiento, dará trámite al ejercicio de las acciones respectivas ante el tribunal competente³².

Cuando la controversia de carácter privado ya se encuentre en sede judicial, iniciada con la demanda ante el juez competente y antes de que el juez le dé entrada a la contestación, citará a audiencia de conciliación la cual deberá tramitarse ante el Centro de Justicia Alternativa en los términos de los arts. 257, 258, 259 y 260 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Quintana Roo, de 8 de enero de 1981 (CPCQR).

La Ley de Justicia Alternativa otorga la posibilidad de agotar los métodos alternos de solución de conflictos en asuntos que ya están judicializados, así lo establece el mismo art. 257 del CPCQR, al indicar que siendo la audiencia de conciliación un método alternativo, y es virtud de ese carácter será el Centro de MASC quien la desahogue. Esto permite un importante desfogue de asuntos que se encuentran en sede judicial que pueden concluirse por la vía alterna, al contemplar esta posibilidad las partes gozan del beneficio de mínima intervención judicial, es decir que las partes no tengan que esperar hasta que el juez se pronuncie en favor o en contra de alguien en particular, sino más bien ellos deciden el rumbo final de su conflicto.

30 Art. 79.

31 Arts. 81 y 82.

32 Art. 83 y 83.

Otra ventaja que se tiene cuando se lleva a cabo un método alternativo después de presentada una demanda es que las partes tienen una mejor perspectiva del conflicto desde el punto de vista legal, es decir, ellos ya cuentan con una mayor asesoría y tienen a la mano los elementos jurídicos pertinentes para negociar una posible solución. Pues como bien señala Pacheco, una mediación prematura puede ser improductiva debido a que la hostilidad existente entre las partes les impide comunicarse correctamente³³.

Sin embargo, es importante señalar que en ocasiones el turista no tiene el tiempo necesario para hacer valer sus derechos de la forma antes enunciada. Al respecto, la ley prevé un mecanismo de mediación rápido y eficaz al permitir que se concreten acuerdos verbales. Así, la ley dispone que tratándose de turistas, los acuerdos deberán ser de cumplimiento a corto plazo, o preferentemente inmediato, supuesto que es de observancia obligatoria cuando se trata de acuerdos no escritos.

Por otro lado, dado los límites temporales de estancia del turista, a veces cortos en relación con los tiempos de gestión del conflicto que establece la Ley de Justicia Alternativa, se establece la posibilidad de dar seguimiento al esquema de implementación del mecanismo alternativo vía electrónica³⁴, de forma que el consumidor de servicios turísticos tenga un efectivo acceso a la justicia.

Adicionalmente se establece por la multicitada Ley que compareciendo el citado, el conciliador designado procurará avenir a las partes haciéndoles notar las ventajas que se logran a través de un arreglo convencional o transaccional³⁵. Para este caso, el especialista deberá persuadir a las partes para que alcancen un acuerdo satisfactorio para todos los involucrados haciendo hincapié en las ventajas. WILDE señala que entre otras se pueden enlistar:

a) Es amistosa para las partes y utiliza un lenguaje sencillo;

33 PACHECO, GUILLERMO, *Mediación. cultura de la paz. Medio alternativo de administración de justicia*. Porrúa, México, 2004.

34 Art. 89.

35 Artículo 19 de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo.

- b) Es flexible gracias a su relativa formalidad, de modo tal que permite adecuarlas a las circunstancias y a las personas;
- c) Mantiene relaciones en lugar de destruirlas;
- d) Permite encontrar soluciones basadas en el sentido común. Si no logra un acuerdo, al menos posibilita poner de manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte;
- e) Produce acuerdos creativos. La mediación cambia las reglas del juego. El mediador conjuntamente con las partes trabajan para generar todas las opciones posibles para solucionar el conflicto buscando arreglos;
- f) Las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo que dure la mediación;
- g) Comparativamente con el proceso judicial, es reducida en costos y;
- h) De igual manera, es reducida en el tiempo³⁶.

Aun y con la posibilidad de concretar acuerdos verbales, no se debe dejar de lado que cuando se trata de un acuerdo por escrito, de acuerdo al art. 71 éste deberá contener: 1. Fecha y lugar de su celebración; 2. Manifestación de las declaraciones personales; 3. Un apartado de los antecedentes del conflicto; 4. Clausulado correspondiente, incluidos los efectos del incumplimiento y términos de ejecución dado el carácter de cosa juzgada que le otorga la presente ley; 5. Nombre y firma de las partes y los resolutores del conflicto, y; 6. Nombre y firma de los servidores públicos que intervengan.

En este articulado encontramos nuevamente la fuerza vinculante dentro del proceso de mediación. A todas luces el legislador ha privilegiado la implementación del método alternativo, al grado de concederle un esquema de ejecución judicial preferente, preservando la esencia de la justicia alternativa que es velar por la prontitud y eficacia de la resolución de los conflictos.

36 WILDE, ZULEMA, *¿Qué es la mediación?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

En este sentido, MNOOKIN afirma que en la cultura legal, las expectativas implícitas que abogados y clientes (o partes en el conflicto) puedan tener sobre cómo se desarrolla el juego y cómo se espera que se comporten, puede producir un impacto muy negativo en la mesa de negociaciones³⁷. Lo que permite inferir que resulta ventajoso, de primera mano, solucionar un conflicto fuera de competencias judiciales y lejos del alcance de los abogados tendientes a la procuración de esquemas adversariales, pues si bien es cierto, éstos aportan un enfoque jurídico al asunto en particular, no menos cierto es que se debe motivar a las partes que tengan un conflicto, a que lo resuelvan ellos mismos en el menor tiempo y con el menor desgaste, tanto emocional como económico posible.

5. EL PAPEL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA MATERIA

La República mexicana goza de innumerables destinos turísticos. Se reciben cada año miles de turistas nacionales y extranjeros, desafortunadamente se presentan numerosos conflictos, los cuales necesitan una solución pronta teniendo en cuenta que el turista no habita en ese lugar y tendrá que trasladarse de nuevo a su lugar de origen. Como ya habíamos adelantado en el apartado anterior, cuando no es posible alcázar un acuerdo de cumplimiento inmediato se genera la necesidad de aplicar la justicia alternativa de manera virtual, es decir, sin que tenga que ser de manera presencial, pues esto acarrearía gastos económicos por parte del afectado y el sujeto activo de la reclamación, por lo tanto el desgaste material y humano se torna oneroso.

El uso de la tecnología ha sido otro factor influyente en las legislaciones modernas, pues aporta un medio de respuesta ágil y accesible para el acceso a la justicia privilegiando el mandato constitucional de prontitud y expedites.

La utilización de la tecnología en el haber diario de las personas es un hecho cada vez más generalizado, por ello la legislación se va actualizando.

37 MNOOKIN, ROBERT, *et. al.*, Resolver conflictos y alcanzar acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios, Gedisa, Barcelona, 2003.

lizando a los nuevos requerimientos, como es el caso de Quintana Roo, pues los medios electrónicos facilitan la operacionalidad de la justicia. No es lo mismo que una persona se vea en la necesidad de trasladarse desde un lugar a otro para hacer efectiva alguna reclamación ante una dependencia gubernamental, sobre todo tratándose de los extranjeros³⁸, a que tenga acceso a herramientas electrónicas desde su domicilio utilizando el Internet. Gracias a las posibilidades generadas por la tecnología, los tiempos de respuesta son menores y se reducen de manera considerable los gastos y de tiempo que tienen que invertir las personas a quienes se les han vulnerado sus derechos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BECERRA BAUTISTA, JOSÉ, *El proceso civil en México*, Porrúa, México, 1975.
 - BRAVO, MARTÍN, *El arbitraje económico en México*, Porrúa, México, 2002.
 - BRISEÑO, HUMBERTO, *La defensa jurídica del consumidor*, Revista de la Facultad de Derecho de México, t XXXV, núm. 139, 140 y 141, 1985.
 - CAIVANO, ROQUE, *Negociación, conciliación y arbitraje: Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*, Editorial Apenac, Lima, 1998.
 - ECHAIDE IZQUIERDO, JUAN MIGUEL y LARA GONZÁLEZ, RAFAEL, *Consumo y Derecho: Elementos jurídico-privados de Derecho de Consumo*, ESIC Editorial, España, 2006.
 - FARINA, JUAN, *Defensa del consumidor y del usuario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.
 - GARCÍA PRESAS, INMACULADA, "Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España", *Dereito*, España, 2009.
- 38 Esto teniendo en cuenta que el art. 100 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, de 24 de diciembre de 1992, señala que las reclamaciones, a elección del reclamante, se podrán hacer en el lugar donde se haya originado el motivo de la reclamación, en el domicilio del reclamante o en el del proveedor o de cualquier otro que se justifique, sin embargo, ni la PROFECO, ni los Centros de MASC, tienen cobertura en el extranjero, salvo cuando se realicen los procedimientos de manera electrónica.

El Acceso del Turista Internacional a la Justicia

- GONZÁLEZ, RAFAEL, *El trabajador y el turismo*, conferencia, México, Asociación Nacional de Abogados, 1970.
- HIDALGO, JOSÉ DANIEL, *Justicia Alternativa en el proceso penal mexicano*, Porrúa, México, 2010.
- JENSEN, ØYSTEIN, *Social Mediation in remote developing world tourism locations the significance of social ties between local guides and host communities in sustainable tourism development*, Journal of Sustainable Journal, vol. 18, No. 5, June 2010.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Turismo, derecho y economía regional* Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, ELENA, *El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales*, Cuadernos de Derecho y Comercio, Núm. 59, 2013.
- MNOOKIN, ROBERT, *et. al.*, *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*. Gedisa, Barcelona, 2003.
- MARTÍNEZ, APOLLONIA, *Comercio Electrónico, Firma digital y autoridades de certificación*, Editorial Universitat de les Illes Balears, España, 2001.
- MILLÁN ESCRICHE, MERCEDES, *Turismo accesible/Turismo para todos, un derecho ante la discapacidad*, Gran Tour, Revista de Investigaciones Turísticas, N° 2, 2010.
- PEÑA, OSCAR, *Mediación y conciliación extrajudicial* Editorial Flores Editor y Distribuidor, México, 2014.
- PASTRANA, LAURA, *La mediación en el sistema procesal acusatorio en México*, Flores Editor y distribuidor. México, 2013.
- PACHECO, GUILLERMO, *Mediación: Cultura de la paz medio alternativo de administración de justicia*, Porrúa, México, 2004.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, JESÚS, *Artículo 11*. En VV.AA, Constitución de los Estados Unidos Mexicanos comentada, 3a ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992.

- SERRANO MIGALLÓN, FERNANDO, *El capítulo XX Disposiciones institucionales y procedimientos para la resolución de controversias*. En WITKER, JORGE (Coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1993.
- URIBARRI, GONZALO, *Derecho arbitral mexicano*, Porrúa, México, 2006.
- WILDE, ZULEMA, *¿Qué es la mediación?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- VILLASEÑOR, JOSÉ LUIS, *Derecho turístico mexicano*, Harla, México, 1992.

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL COMO PUNTO DE CONEXIÓN PARA DETERMINAR LA LEY DEL CONTRATO

WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ LUNA¹

Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá

Resumen: Determinar la ley aplicable a un contrato internacional constituye una de las grandes incertidumbres que debe enfrentar un comerciante transnacional, ya que en un eventual proceso jurídico, siempre deberá definirse la ley que regulará el contrato, debido a que se encuentra vinculado con más de un Estado. La autonomía conflictual permite alcanzar un elevado nivel de previsibilidad de la ley aplicable al contrato, pues son las partes mismas las que de común acuerdo determinan la ley nacional que resolverá sus controversias, lo que indudablemente redundará en un incremento en la seguridad jurídica internacional. No obstante, la mayoría de contratos internacionales se firman sin incluir una cláusula de elección de ley aplicable, o tal cláusula, es declarada nula. El presente artículo pretende estudiar la figura de la autonomía conflictual y analizar su regulación en los cuerpos jurídicos uniformes de la Unión Europea y América latina.

Palabras clave: Ley aplicable, norma de conflicto, autonomía conflictual, contrato internacional.

Key words: *Applicable law, conflict of law, choice-of-laws rule, international contract.*

Sumario: 1. Introducción; 2. La autonomía de la voluntad en el contrato internacional; 2.1. Aspectos introductorios; 2.1.1. Autonomía de la voluntad material; 2.1.2 Autonomía conflictual; 3. Vicisitudes de la autonomía conflictual; 3.1. Ausencia de elección de la Ley del contrato; 3.2. Elección parcial de la ley del contrato; 3.3. Elección anómala de la ley del contrato; 4. La autonomía con-

¹ Doctor en Derecho con mención europea de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho de los negocios y litigación internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, profesor de tiempo completo y director del área de derecho privado de la Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá (williamf.martinezl@utadeo.edu.co)

flictual y la internacionalidad del contrato; 4.1 Tesis del efecto internacional; 4.2 Tesis del elemento extranjero; 4.3 La internacionalidad del contrato producida por la autonomía conflictual; 5. Autonomía conflictual en el derecho uniforme de la Unión Europea; 6. Autonomía conflictual en el derecho uniforme de América Latina; 6.1. El Tratado de Montevideo 1889; 6.2. Tratado de Montevideo de 1940; 6.3. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México 1994; 7. Conclusiones; 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Un contrato internacional idóneo, en lo que al Derecho Internacional Privado se refiere, es aquel que contiene una cláusula de elección de Ley aplicable, y asimismo, incluye la determinación del tribunal que dirimirá el conflicto futuro. Respecto de la Ley aplicable al contrato internacional, es evidente que si los contratantes logran ponerse de acuerdo en la ley nacional que regulará su negocio jurídico, estarían avanzando en su propia seguridad jurídica, pues es evidente que no hay ley más previsible que aquella que es elegida de común acuerdo por las partes. Por esta razón, la propia doctrina ha reconocido que el mejor juez de los intereses de las partes, son las partes mismas (MARTINY, 2001).

Justamente una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia contractual, es el hecho de que la propia norma jurídica reconozca la libertad que tienen las partes de un contrato para elegir su Ley aplicable, es decir, les reconozca su autonomía conflictual². La autonomía conflictual se constituyó a través de los años en un principio rector de los contratos internacionales, reconocido en casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos y ubicado, en muchos instrumentos jurídicos, como el primer punto conexión para determinar la Ley del contrato. Esta facultad de elegir la Ley que gobierne el contrato *satisface una exigencia de seguridad jurídica y certeza de resultado* indispensable en el tráfico comercial internacional moderno, pues representa para el contratante transnacional una enorme ventaja práctica, toda vez que

2 Considerando nº 11 del Reglamento (CE) no 593/2008 del parlamento europeo y del consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

puede ajustar su conducta mercantil a unas disposiciones previamente conocidas, lo que otorga seguridad jurídica preventiva a la relación contractual (GONZÁLEZ CAMPOS, 1993, p. 203). Pueden a su vez las partes, escoger una *lex contractus* adaptada a las particularidades del caso concreto, permitiendo calcular las expectativas económicas y jurídicas de la relación comercial (BOGGIANO, 1990). Por todo lo anterior, si los contratantes transnacionales quieren evitar la incertidumbre que produce la determinación de la ley del contrato mediante la utilización de la norma de conflicto, deben hacer uso de la facultad de elegir por mutuo acuerdo la *lex contractus*, pues de lo contrario, las partes deberán asumir los riesgos de la aplicación de estas disposiciones (CARRILLO Pozo, 2005).

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO INTERNACIONAL.

2.1. Aspectos introductorios.

El Estado moderno ha sido el encargado de salvaguardar el equilibrio de los aspectos sociales y económicos, utilizando para ello, instrumentos legales con un mayor o menor grado de intervención o desregulación. En materia de contratos, este mayor o menor grado de intervención se traduce en un aumento o disminución de la autonomía de los particulares frente a las normas imperativas que pretenden condicionar el comportamiento de los contratantes, o el contenido mismo de las cláusulas del contrato (GONZÁLEZ CAMPOS, 1993). Con la aparición de nuevos instrumentos jurídicos sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales, se revive el tradicional e intenso pulso entre el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes y el interés público.

La libertad de pactos es un principio fundamental del Derecho contractual privado, sin embargo, está sujeto a un gran número de limitaciones que establecen un marco imperativo de actuación, buscando proteger los intereses legítimos de los Estados y del propio comercio internacional (FERNÁNDEZ ROZAS & SÁNCHEZ LORENZO, 2009). En esta disputa la autonomía de la voluntad privada ha ido ganando terreno, dotando a los particulares de amplios márgenes de actuación, ya sea

para elegir las cláusulas contractuales que consideren necesarias desde el punto de vista material, o para incluir un pacto de orden conflictual. Sin embargo, las leyes nacionales protectoras del interés general siguen regulando y limitando el comportamiento de los particulares.

En el Derecho privado, la mayor o menor libertad de las partes se manifiesta en dos tipos de autonomía: la autonomía material y la autonomía conflictual. Ambas deben entenderse dentro del campo de las relaciones contractuales identificadas por su carácter patrimonial e internacional. La autonomía conflictual precede a la material, aunque hoy en día esta relación *sufre una profunda crisis* (CASTELLANOS RUIZ, 2005, p. 428).

2.1.1. Autonomía de la voluntad material

A ciertos actos o manifestaciones de la voluntad de los particulares se les reconoce una eficacia jurídica. En efecto, la ley delega en los ciudadanos su potestad de regular las relaciones sociales, y éstos llevando a cabo actos jurídicamente relevantes, ejercen dicha atribución. Es por eso, que los particulares libremente pueden determinar el contenido, alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos, mediante el ejercicio de su autonomía de la voluntad privada³. La autonomía de la voluntad material se define como la libertad que tienen los contratantes de dotar de contenido a las cláusulas del contrato dentro del marco del Derecho nacional (CASTELLANOS RUIZ, 2005). Esta autonomía material puede ejercerse en los contratos internos, donde no existe duda que la ley de dicho Estado será la que imponga los límites a este derecho subjetivo. Asimismo, esta facultad puede utilizarse en los contratos internacionales, donde sus límites los impondrá la ley rectora del contrato de acuerdo a las reglas de Derecho Internacional Privado (FERNÁNDEZ ROZAS & SÁNCHEZ LORENZO, 2009).

De acuerdo a lo anterior, se puede establecer que la autonomía de la voluntad material es una concesión que hace la norma jurídica a los particulares para autorregularse, permitiéndoles determinar de mutuo acuerdo el contenido de las cláusulas de su contrato. Sin embargo, esta

3 Cfr. Sentencia T-338 de 1993. Colombia. M.P., ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

autonomía no es ilimitada, pues debe estar enmarcada en el propio ordenamiento jurídico. Por lo tanto, las leyes nacionales permiten y al mismo tiempo limitan el uso de la autonomía de la voluntad material de los contratantes.

En suma, la autonomía material tiene la función de crear una *ley particular* para regular el contrato, mediante el acuerdo voluntario entre las partes. Esta facultad concedida por la norma jurídica no es absoluta, ya que sólo es posible en el ámbito del Derecho dispositivo, y adicionalmente se encuentra restringida por el propio ordenamiento jurídico —la ley, la moral, el orden público⁴— (CASTELLANOS RUIZ, 2005, p. 452).

2.1.2. Autonomía conflictual

Que la norma jurídica reconozca la libertad que tienen las partes de un contrato para elegir su ley aplicable, debe ser una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales⁵. En efecto, la autonomía conflictual debe ser el primer punto de conexión para establecer la *lex contractus*, pues con ella se alcanza un elevado nivel de seguridad jurídica al contar con una ley que es previamente conocida por las partes, situación que no es la misma al utilizar el método conflictual, pues éste puede conllevar a soluciones dispares.

La autonomía de la voluntad conflictual puede definirse como la facultad concedida por la ley a los particulares que hacen parte de un contrato internacional, para que de común acuerdo, definan el Derecho aplicable a su relación jurídica. Por medio de esta elección, las partes excluyen la aplicación de la ley nacional que hubiese sido elegida me-

4 En el Derecho español la norma que posibilita la autonomía de la voluntad material es el artículo 1255 del Código Civil que dispone: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público", mientras que en el Derecho colombiano se encuentra en el artículo 1602 del Código Civil de la siguiente manera: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

5 Considerando n° 11 del Reglamento (ce) no 593/2008 del parlamento europeo y del consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

dante la norma de conflicto (MONROY CABRA, 1999). Sin embargo, para que los particulares puedan determinar la ley aplicable a su contrato, se hace necesario que la autonomía conflictual esté contemplada por la norma de conflicto del foro, y que las partes del contrato elijan una ley sustancial para regular su contrato, ya que no cabe la posibilidad del reenvío (CASTELLANOS RUIZ, 2005).

Son muchos los beneficios que produce al comercio internacional el hecho de que las partes puedan establecer por mutuo acuerdo la ley nacional que regirá su contrato. En primer lugar, otorga certeza y previsibilidad de la ley aplicable desde el mismo momento de su elección. Por otra parte, los contratantes pueden ajustar su propia conducta de acuerdo a las normas pactadas, ya que las conocen previamente. Pueden asimismo, escoger una *lex contractus* adaptada a las particularidades del caso (BOGGIANO, 1990), consiguiendo seguridad jurídica preventiva en la relación contractual (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009). De la misma manera, permite calcular las expectativas económicas y jurídicas del contrato (CALVO CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009), y de esta forma, las partes consiguen la realización de sus intereses materiales (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009).

3. VICISITUDES DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL.

3.1. Ausencia de elección de la Ley del contrato.

La elección de la Ley aplicable al contrato por el consenso entre las partes, es una posibilidad que contribuye claramente a la previsibilidad del Derecho aplicable al contrato internacional, lo que redundará en la seguridad jurídica contractual. No obstante lo anterior, motivos de distinta índole producen que los contratos internacionales no incluyan una cláusula de elección de Ley. Los principales son los siguientes:

- a. A pesar del intento de elegir la Ley aplicable a su contrato por mutuo consentimiento, los contratantes no pudieron ponerse de acuerdo en la Ley del país que regulará su vínculo internacional, por lo que el contrato se firma sin la cláusula de elección de Ley con el fin de no entorpecer la negociación comercial. Esta falta de acuerdo se

produce comúnmente cuando cada parte insiste en aplicar su propia Ley al contrato internacional (MAGNUS, 2009). En efecto, cada contratante pretende que su Ley nacional se aplique para solucionar los conflictos que se presenten en el contrato internacional, principalmente porque se disminuyen los costes de la operación (evita contratar una asesoría jurídica internacional), y porque permite adaptar el comportamiento contractual a una Ley que ya conoce.

- b. Las partes no consideran necesario establecer una Ley aplicable a su contrato internacional, pues erróneamente tienen la certeza de que del negocio jurídico no se derivará ningún conflicto. Esta situación que no es poco frecuente en el comercio internacional, se da porque las partes utilizan todo su empeño en negociar las cláusulas comerciales del contrato, dejando a un lado cuestiones que consideran accesorias, como la elección de Ley o la elección del tribunal competente. Esta ausencia de elección de Ley se presenta principalmente en contratos *orales e instantáneos*, donde la agilidad propia del negocio impide negociar y dejar constancia del acuerdo (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 175).
- c. También es posible que no se pacte la Ley del contrato cuando las partes tienen conocimiento de cuál Ley regulará el destino de su negocio jurídico, de acuerdo a lo que establecen las disposiciones sobre Ley aplicable en ausencia de elección. Esto se da cuando la norma de conflicto cumple con una de sus principales características, la previsibilidad, lo que le permite de una manera sencilla ser previamente conocida por los contratantes internacionales (CALVO CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ, 1997).

Para alcanzar un alto grado de previsibilidad de la ley del contrato, los legisladores suelen utilizar puntos de conexión rígidos e inflexibles. Un ejemplo de este punto de conexión es el artículo 4.1.a del Reglamento Roma I (norma jurídica que regula de manera uniforme la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea), que establece de manera rígida la ley aplicable al contrato de compraventa internacional en los siguientes términos: *el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual*.

De esta manera, las partes conocen con un elevado nivel de previsibilidad la ley de su contrato de compraventa internacional, que salvo cuestiones excepcionales, será la ley del vendedor. Por esta razón es probable que no utilicen la autonomía conflictual.

- d. Puede suceder también que la ausencia de una cláusula de elección de Ley se deba a razones de olvido o descuido por parte de los contratantes, o una inadecuada asesoría jurídica (MARTINY, 2001).

3.2. Elección parcial de la ley del contrato

Esta circunstancia se presenta cuando los contratantes realizan un acuerdo de elección de Ley sólo para una parte del contrato. Esta situación perfectamente posible en muchos ordenamientos jurídicos (Reglamento Roma I, Convenio de Roma de 1980, Convención de México de 1994) implica que deba acudir a las disposiciones sobre la ley aplicable al contrato en defecto de elección de parte, para determinar la Ley aplicable a la porción del contrato que ha quedado sin designación de Ley. En efecto, el juez aplicará la ley elegida por las partes para regular dicha parte del contrato, y acudirá a la norma de conflicto para establecer la ley aplicable a la parte del contrato que ha quedado sin designación de ley por los contratantes.

Una sentencia italiana permite entender este punto. Se trataba de un contrato de concesión mercantil entre una empresa italiana (proveedor) y una empresa alemana (concesionario), el contrato contenía una cláusula de sumisión a la Ley austriaca específicamente para unos productos garantizados. El tribunal analizó que esa cláusula no podía ser extendida a otras obligaciones contractuales (las discutidas judicialmente), por tal motivo, impuso que para determinar la Ley aplicable a estas obligaciones debía acudir a las normas generales del Convenio de Roma de 1980, es decir su artículo 4⁶.

Como se puede apreciar, si las partes deciden escoger la ley sólo a una parte de su contrato, el juez deberá utilizar las normas sobre la ley aplicable al contrato en defecto de elección para suplir dicha elección,

6 Corte di Cassazione (s.u), June 11 2001, Kogler v. Eurogames.

y determinar mediante la norma de conflicto, la ley aplicable a la porción del contrato que ha quedado sin estipulación. Esto es así, porque la norma jurídica no le permite al juez extender la designación de Ley a cláusulas contractuales no cubiertas por la autonomía conflictual de las partes.

3.3. Elección anómala de la ley del contrato

En muchas ocasiones a pesar de que las partes del contrato en uso de su autonomía conflictual eligen de común acuerdo la Ley de su contrato, esta elección puede resultar inválida, ya que la propia norma jurídica ha establecido unos límites a dicha elección. Lo anterior puede suceder por muchas circunstancias, por ejemplo cuando los contratantes eligen como Ley aplicable a su contrato cuerpos jurídicos no estatales (*lex mercatoria*), pues disposiciones legales como el Reglamento Roma I prohíben dicha elección de ley, exigiendo a las partes escoger como ley del contrato únicamente una ley nacional. De igual forma, las partes pueden establecer la *lex contractus* de manera anómala al incluir una cláusula que excluya la aplicación de todo Derecho nacional para regular la futura controversia. Como estas cláusulas carecen de todo valor jurídico, el juez deberá acudir a las disposiciones sobre la Ley aplicable al contrato en ausencia de elección.

En suma, sólo cuando se presente alguna de las anteriores circunstancias el juez deberá acudir obligatoriamente a las normas sobre la ley aplicable al contrato en defecto de elección para identificar la ley del contrato, esto deja claro el carácter principal y predominante de la autonomía conflictual en la elección de la ley del contrato internacional.

4. LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL Y LA INTERNACIONALIDAD DEL CONTRATO

Cuando las relaciones jurídicas contractuales no superan las fronteras nacionales, es decir, sólo tiene vínculos con un país, es evidente que no se presenta un conflicto de leyes, pues las normas jurídicas de dicho país regularán todos los problemas que puedan presentarse en el devenir contractual. El conflicto de leyes se presenta cuando el contrato ostenta

vínculos con más de un país, es decir, cuando el contrato es internacional. Sin embargo, determinar cuándo un contrato es internacional en muchos casos no resulta una tarea sencilla, puesto que la mayoría de los cuerpos jurídicos de Derecho Internacional Privado (FERNÁNDEZ ROZAS & SÁNCHEZ LORENZO, 2009) no establecen cuándo una obligación jurídica debe considerarse como internacional⁷. Esta ausencia de definición produce una gran dificultad a la hora de determinar si estamos en presencia de un contrato interno, o uno transnacional. Por tal motivo, se debe acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para dar claridad a este aspecto tan trascendental en el Derecho contractual.

Se considera que hay conflicto de leyes cuando existe la *duda de qué derecho estatal debe regir un contrato*, y esta incertidumbre se presenta cuando el contrato tiene *elementos extranjeros* cualesquiera que sean éstos (CASTELLANOS RUIZ, 2005, p. 27). El informe GIULIANO/LAGARDE anejo al Convenio de Roma de 1980 proporciona más pistas para entender cuándo una situación presenta un conflicto de leyes y por lo tanto es internacional. Exponen los profesores, que son relaciones jurídicas que cuentan con uno o varios elementos de extranjería en relación a la *vida social interna de un país*. De acuerdo a esto, entienden que un elemento de extranjería puede ser la nacionalidad de una o ambas partes, el domicilio en el extranjero, el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución de las prestaciones etc.

Una sentencia francesa puede ayudar a entender cuándo se presenta un conflicto de leyes. Se trataba de una acción entre dos partes de nacionalidad francesa, donde una de ellas pretendía el pago del saldo pendiente por la venta de un avión en la República Centrafricana. El tribunal de apelación no utilizó las disposiciones del Convenio de Roma de 1980 para establecer la Ley del contrato, sino su norma interna, pues entendió que en el litigio no estaba presente el carácter internacional, y

7 Una excepción a esta indefinición se puede encontrar en el Art. 1 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales suscrita en México, D.F., el 17 de marzo de 1994, en la quinta conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado: *Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.*

por ende no existía un conflicto de leyes. Finalmente el Tribunal Supremo al resolver el recurso de Casación, estimó que era aplicable el Convenio de Roma de 1980 atendiendo a su Art. 1, pues juzgó que en este caso si existía un conflicto de leyes, ya que a pesar de que muchos de los elementos del contrato estaban ubicados en Francia, también existían puntos de conexión con el país Africano, y por esta razón, existía un conflicto de leyes.

Para entender un poco más los linderos entre un contrato interno y uno trasnacional se acudirá a la doctrina especializada, la cual muestra las dos tendencias más importantes respecto de la internacionalidad del contrato: tesis del efecto internacional, y la tesis del elemento extranjero.

4.1. Tesis del efecto internacional

Proveniente de la doctrina francesa esta tesis considera que una situación es internacional, no desde el punto de vista de sus elementos, o de la situación jurídica, sino desde el punto de vista de sus consecuencias; es decir, cuando los efectos que la relación jurídica produce están vinculados con otros países, o afecta los intereses del comercio internacional. En consecuencia, aquellos contratos que tienen efectos en un solo país no se les considera internacionales (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009).

Esta postura jurídica es valorada positivamente, ya que se adapta a la realidad de un comercio cada vez más globalizado, y porque hace derivar la internacionalidad de las repercusiones del contrato en el comercio internacional y su vinculación con otros países, dejando a un lado la valoración de sus elementos. No obstante lo anterior, la *tesis del efecto Internacional* es considerada *excesiva e imprecisa*. En primer lugar porque al no tener en cuenta los elementos de la situación jurídica, cataloga como internacionales contratos que no cuentan con elementos objetiva ni subjetivamente vinculados con el negocio jurídico; y en segundo término, porque representa una gran dificultad establecer cuándo un contrato produce o producirá efectos internacionales, mucho más ahora cuando la globalización está eliminando las fronteras, y cualquier situación produce consecuencias internacionales (CARRASCOSA GONZÁLEZ, Configuración básica del contrato internacional, 2006, p. 137).

4.2. Tesis del elemento extranjero

Esta tesis considera que el contrato tiene carácter internacional cuando presenta un punto de conexión con un Estado distinto de aquel que conoce el litigio, es decir, presenta al menos un elemento extranjero. Este elemento extranjero puede ser cualquiera y no se tiene en cuenta su naturaleza, relevancia o intensidad, pero debe estar vinculado directamente a una situación jurídica concreta, y esta relación directa provocará que sea considerada internacional. De acuerdo a lo anterior, dos tipos de situaciones pueden contener elemento extranjero:

- a. Las objetivamente internacionales, en donde los elementos objetivos de la relación están vinculados con distintos países (domicilio de las partes, lugar de ejecución de las prestaciones, lugar de celebración del contrato).
- b. Las subjetivamente internacionales, aquí los elementos objetivos están vinculados con un único país, pero las partes mediante el uso de la autonomía de la voluntad conflictual, han sometido la solución de su controversia a un tribunal foráneo, o han escogido un Derecho extranjero para regular su relación contractual.

En suma, sólo aquellos contratos donde la totalidad de elementos objetivos y subjetivos están vinculados con un solo país son contratos internos, por lo tanto no se plantea la duda de qué tribunal o Derecho se aplicará al litigio, y por este motivo es ajeno al Derecho Internacional Privado (FERNÁNDEZ ROZAS & SÁNCHEZ LORENZO, 2009). La doctrina mayoritariamente se inclina por la teoría del elemento extranjero (CALVO CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009).

4.3. La internacionalidad del contrato producida por la autonomía conflictual

La mayoría de legislaciones que reconocen la autonomía conflictual, les concede a los contratantes un amplio margen de discreción para elegir la ley que gobernará su contrato. De aquí se pueden desprender dos situaciones:

- a. Que el contrato tenga sus elementos objetivos ubicados en distintos países, y las partes eligen como Ley aplicable a su contrato la Ley de alguno de estos Estados, o incluso, la de un Estado que no tenga conexión con el negocio jurídico. En este contexto es claro que existe un *conflicto de leyes*, al tener el contrato vínculos con más de un Estado, y por tanto, el contrato es internacional y se aplicará la ley elegida por las partes.
- b. Que el contrato tenga todos los elementos objetivos ubicados en un mismo país, pero que el único elemento internacional sea la elección de una Ley extranjera para regular el contrato. En este caso, se está en presencia de un contrato nacional y su único elemento internacional es la decisión de las partes, de que dicho negocio jurídico, sea regulado por una ley foránea (autonomía conflictual).

De acuerdo a esto se debe formular la siguiente pregunta ¿la elección de la ley extranjera para regular un contrato nacional convierte a la relación jurídica en internacional?, en otras palabras, ¿la autonomía conflictual puede convertir a un contrato nacional en internacional? Dos posturas prevalecen:

Un sector de la doctrina entiende que no. Dicha elección de Ley no convierte al contrato en internacional, sin embargo, pueden utilizarse las disposiciones sobre la ley aplicable a los contratos internacionales para analizar la validez de dicha elección (así lo permite el Reglamento Roma I de la Unión Europea). Lo anterior, porque no se está ante un *verdadero contrato internacional* cuando la elección de una Ley extranjera es el único vínculo con un país distinto al que reúne los demás elementos del contrato (CASTELLANOS RUIZ, 2005, p. 31). Lo que sucede es que el Derecho foráneo designado se introduce al contrato como si fuese cualquier otra cláusula contractual, es decir, como parte de su autonomía material, pero siempre con el límite respecto de las normas imperativas (GUZMÁN ZAPATER, 2009). No obstante, el hecho de que a situaciones de este tipo se le pueda aplicar normas que regulan contratos internacionales como el Convenio de Roma de 1980 o el Reglamento Roma I, ha recibido algunas críticas por parte de la doctrina jurídica, puesto que consideran que estos contratos no son realmente contratos internacionales (UBERTAZZI, 2008). En suma, esta postura

considera que el contrato es nacional, aunque reconoce que puede ser de aplicación normas jurídicas sobre contratos internacionales, siempre y cuando no vayan en contravía de las leyes imperativas del país donde el contrato tiene todos los vínculos objetivos.

La segunda interpretación entiende que la elección de Ley si convierte al contrato en internacional, ya que el hecho de escoger como *lex contractus* un Derecho extranjero, permite la incorporación de un elemento de extranjería, que es la propia elección de Ley, y por tanto, es un contrato internacional en todo sentido, al que lógicamente se le deben aplicar las disposiciones que regulan los contratos internacionales.

En este caso aunque todos los elementos del contrato están ubicados en un mismo país, la elección de esa ley extranjera transforma al contrato nacional en internacional, pues la autonomía de las partes para elegir un Derecho extranjero regulador de su contrato, constituye el elemento que le otorga dicho carácter internacional (CARRASCOSA GONZÁLEZ, La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, 2009). No obstante, las propias normas jurídicas establecen unos límites a esta elección para evitar el fraude de Ley internacional, en este sentido puede verse el artículo 3.3 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea: *Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.*

Es claro que el Reglamento Roma I permite a las partes de un contrato nacional elegir, mediante su autonomía conflictual, la ley de otro país, sin embargo, dicha elección no dejará sin efecto las normas imperativas del país del contrato.

Esta discusión se presentó durante las negociaciones del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a los contratos internacionales en la Unión Europea (hoy reemplazado por el Reglamento Roma I) y enfrentó dos corrientes opuestas. La primera consideraba que debía limitarse la libertad de elección de Ley para impedir que una situación jurídica interna se internacionalizara, sólo por el hecho de escoger una Ley fo-

ránea para regular el contrato. Por lo tanto, si el contrato no contenía otro elemento de extranjería distinto a la elección de Ley, no podría aplicársele la Ley elegida por las partes. Por su parte, la otra corriente liderada por los juristas británicos, consideraba infundado limitar la autonomía conflictual de las partes, pues entendían que este límite podría alcanzar a entorpecer una justificada elección de Ley. Dichos expertos propusieron que la libertad de elección de la Ley del contrato sólo fuera limitada en casos excepcionales, como en la aplicación de las normas imperativas, solución finalmente recogida en el Convenio de Roma y ahora trasladada al Reglamento Roma I⁸.

5. AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN EL DERECHO UNIFORME DE LA UNIÓN EUROPEA.

El Reglamento Roma I (norma que regula de manera uniforme la ley aplicable a los contratos internacionales en la Unión Europea), consciente del enorme valor jurídico de un pacto de elección de Ley, ha establecido en su Art. 3, un muy amplio catálogo de posibilidades para que las partes de un contrato internacional acuerden la Ley que regirá su negocio jurídico. Es por eso que le otorga a la autonomía conflictual de las partes un extenso poder decisorio, ya que les permite elegir la Ley aplicable a la totalidad de su contrato, o a una porción del mismo, sin necesidad de una vinculación previa entre la Ley designada y el negocio jurídico⁹. De la misma forma, no les impone restricciones desde el punto de vista temporal, es decir, las partes podrán perfeccionar dicho acuerdo en cualquier momento, incluso después de la firma del contrato. Adicionalmente, admite modificar una previa elección de Ley que puede estar basada en el propio Art. 3 o en otra disposición del Reglamento, e incluso el Art. 3 Reglamento Roma I accede a que las partes puedan acordar que uno o varios Derechos nacionales no serán

8 Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992.

9 No obstante, esta libertad no abarca la posibilidad de elegir cuerpos jurídicos no estatales tales como los Principios UNIDROIT o la Lex Mercatoria, sin embargo, estos podrían ser incluidos como cláusulas contractuales mediante una incorporación por referencia.

aplicados para resolver el conflicto jurídico (MARTINY, BESTIMMUNG DES VERTRAGSSTATUS, 2004).

No obstante el amplio margen de maniobra que tienen los contratos para acordar la *lex contractus*, el Art. 3 Reglamento Roma I contempla una serie de restricciones a este Derecho subjetivo. La primera restricción, impone que el acuerdo debe *manifestarse expresamente*. Esto significa que dicho acuerdo deberá incluirse en el texto mismo del contrato, o en un documento anexo, pero siempre expresando la voluntad de las partes. Si no se incluye esta cláusula, el Reglamento Roma I estipula que debe deducirse inequívocamente, ya sea de los términos mismos del contrato, o de todas aquellas circunstancias que lo hayan rodeado. Adicionalmente, los artículos 3.3 y 3.4 Reglamento Roma I establecen más restricciones para efectuar la elección de la *lex contractus*; así, cuando todos los elementos de la relación *estén localizados en un país distinto de aquel cuya Ley se elige*, dicha elección no podrá impedir la aplicación de las leyes imperativas de ese país. Lo mismo sucede cuando los elementos de la situación jurídica estén ubicados en uno o más Estados miembros, si las partes eligen como Ley aplicable una Ley que no sea la de un Estado miembro, dicha elección se entenderá sin perjuicio de las normas imperativas del Derecho de la Unión Europea.

En definitiva, el Reglamento Roma I concede todas las garantías para que un pacto de elección de Ley pueda ser perfeccionado por las partes del contrato. A pesar de esta circunstancia, hoy en día una gran cantidad de contratos internacionales no cuentan con un pacto de elección de Ley, lo que le impone al juez del litigio, acudir a las disposiciones sobre la Ley aplicable en ausencia de elección.

6. AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN EL DERECHO UNIFORME DE AMÉRICA LATINA.

6.1. El Tratado de Montevideo 1889

Dentro de las discusiones llevadas a cabo en el congreso de Montevideo se planteó la posibilidad de establecer como regla general que las partes del contrato pudieran elegir la ley aplicable a su negocio jurídico. Sólo

en caso de ausencia de esta manifestación de la voluntad, la ley del lugar de cumplimiento sería la encargada de dirimir cualquier conflicto entre las partes. Sin embargo, esta tesis no fue la que finalmente se acogió. El argumento principal exponía que las partes no podían tener una libertad absoluta, ya que estaba en riesgo el orden público en materia de contratos, por tal motivo, se hacía imprescindible que la norma jurídica convencional identificara la ley aplicable al mismo, y ésta no podía ser otra que la del lugar de cumplimiento de las obligaciones (OPERTTI BADAN, 1998). Esta tesis quedó plasmada en los artículos 32 y 33 del Tratado de Montevideo 1889¹⁰, donde se descartó toda reseña a la autonomía conflictual, y se expuso que la ley del lugar de cumplimiento del contrato sería la llamada a dirimir los conflictos del negocio jurídico.

Sin embargo, dos grandes y divergentes tesis se tejieron en torno a la interpretación de estas disposiciones: la primera postura estimaba que si el ordenamiento escogido mediante la norma de conflicto autorizaba la autonomía-conflictual, el pacto de elección de ley debía respetarse. De no ser así, se estarían violando los principios de orden público del lugar de cumplimiento del contrato.

La otra interpretación negaba la posibilidad de admitir la autonomía conflictual, manifestando que si bien no fue rechazada expresamente dentro de clausulado, era claro que éste era el sentido de todos los tratados, en donde cada categoría se rige por la ley establecida por el punto de conexión indicado en la norma de conflicto, no dejando abierta la posibilidad de escoger una ley distinta a la determinada por el Tratado (OPERTTI BADAN, 1998).

Estas dos vertientes interpretativas condujeron a que el tratamiento de esta disposición no fuera homogénea en la región, provocando una inseguridad jurídica a los operadores del comercio, toda vez que para algunos estados podría ser perfectamente válida la elección de ley y

10 Artículo 32: *La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.* "Artículo 33: *"La misma ley rige: a) Su existencia; b) Su naturaleza; c) Su validez; d) Sus efectos; e) Sus consecuencias; f) Su ejecución; g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.*

para otros no. Por esta razón, debió retomarse el tema en el Tratado de Montevideo de 1940.

6.1. Tratado de Montevideo de 1940

El Tratado de Montevideo 1940 siguió la misma línea que su antecesor convencional, unificando en el art 37¹¹ lo preceptuado en los arts. 32 y 33 del Tratado de Montevideo 1889. De la misma forma, establece la ley del lugar de cumplimiento del contrato como punto de conexión para determinar la ley aplicable. Debido a la polémica suscitada en el anterior Tratado, se prefirió, en esta ocasión, incluir dentro del propio texto del protocolo adicional, una disposición que diera claridad y seguridad jurídica a la autonomía de la voluntad conflictual, quedando redactada de la siguiente manera:

Artículo 5. La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley.

Aunque en principio se mantiene la negativa a que las partes escojan la ley del contrato, se abre la posibilidad legal —anteriormente teórica— a que una vez identificado el Derecho nacional aplicable a la relación jurídica, se analice si este derecho permite la autonomía conflictual, de ser así, la designación de la ley del contrato hecha por las partes cobraría total validez.

En síntesis, si la ley del lugar de cumplimiento de la obligación admite la autonomía conflictual, las partes podrán pactar válidamente que las normas de otro Estado sean las que regulen su contrato. Los Tratados de Montevideo del 1889 y 1940 están plenamente vigentes en la actualidad, y a pesar de constituir un gran avance en el Derecho Internacional Privado convencional latinoamericano, deben criticarse principalmente porque las soluciones adoptadas no responden a la realidad del comercio actual, ni a las tendencias jurídicas sobre la materia (FERNÁNDEZ

11 El artículo 37 reza de la siguiente manera: "La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige: a) Su existencia; b) Su naturaleza; c) Su validez; d) Sus efectos; e) Sus consecuencias; f) Su ejecución; g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea."

ROZAS & SÁNCHEZ LORENZO, 2009), ya que establecen una gran limitación de la autonomía de la voluntad de los contratantes, que va en contravía de las normas convencionales actuales y de los propios Derechos internos. Estos tratados fueron creados en un momento político y jurídico totalmente diferente, y no otorgan en la actualidad las herramientas que necesita el comercio transnacional; pero es necesario advertir, que no es culpa del propio tratado —que ya cumplió con su función— es culpa de que los Estados no han sido capaces de unificar sus criterios en torno a un Derecho convencional nuevo, a pesar de algunos intentos como la Convención de México de 1994, donde inexplicablemente el número de ratificaciones es menor.

6.2. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México 1994.

La autonomía conflictual en América latina logra un gran avance con la aparición de la Convención de México de 1994. Este instrumento convencional adopta de manera *cristalina este principio constituyendo todo un logro histórico* (BOGGIANO, La solución de controversias: Los principios de UNIDROIT..., 1998, p. 168). En efecto, el artículo 7 es el encargado de permitir y limitar la autonomía conflictual, y lo hace en los siguientes términos:

El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable.

El primer párrafo del artículo establece una amplia libertad a las partes de escoger la ley que regulará su contrato. Los contratantes pueden pactar cualquier ley estatal, incluso una neutral. Estarán limitados únicamente por las *disposiciones imperativas del foro*¹² o normas imperativas de otro estado con el que el contrato tenga vínculos estrechos,

¹² Artículo 11 de la Convención Interamericana de México

siendo ésta una discrecionalidad de los tribunales donde se plantee el litigio. Esta elección deberá ser *expresa*, de no ser así, se podrá inferir del comportamiento de las partes y del texto mismo del contrato.

En consecuencia la Convención de México de 1994, admite que la manifestación de la voluntad de las partes se haga de manera expresa o tácita, y sólo en ausencia de éstas, se acudiría a las conexiones subsidiarias para determinar la ley que regulará el negocio jurídico. Asimismo, la Convención de México de 1994 permite que la elección se haga sobre la totalidad del contrato o sobre una parte del mismo, es decir permite el fraccionamiento o desmembramiento del contrato (DEPEÇAJE). De esta manera, distintos Derechos regularán armónicamente diversos aspectos de un mismo contrato internacional. En la Convención de México de 1994 la internacionalidad del contrato no puede ser producto de la voluntad de las partes (OPERTTI BADAN, 1998); se permite la incorporación por referencia de cuerpos normativos no estatales como los Principios de UNIDROIT, pero teniendo siempre presente que existirá un Derecho estatal como trasfondo (BOGGIANO, *La solución de controversias: Los principios de...*, 1998).

7. CONCLUSIONES

La autonomía conflictual es un derecho subjetivo vital para alcanzar un elevado nivel de seguridad jurídica en materia de contratos internacionales, puesto que evita la incertidumbre que produce elegir la ley del contrato mediante el método conflictual.

Por este motivo, es fundamental que las partes del contrato lleguen a un acuerdo en la ley que regirá su negocio jurídico.

Gran parte de las legislaciones nacionales y convencionales permiten a las partes elegir la ley de su contrato, algunas con mayor o menor grado de discrecionalidad, pero siempre, reconociendo que la autonomía conflictual representa una herramienta que otorga previsibilidad legal a los contratantes. No obstante, existen Tratados internacionales como los de Montevideo, que no plasmaron en su clausulada dicha posibilidad, y por el contrario, impidieron que las partes escogieran de mutuo acuerdo la ley de su negocio jurídico.

En consecuencia, debe conminarse a los Estados a modificar su legislación interna para que la autonomía conflictual sea el primer punto de conexión en la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales, y adicionalmente, a que se ratifique la Convención de México de 1994 o que se genere un nuevo Convenio internacional que posibilite de manera amplia, que las partes de un contrato establezcan de común acuerdo la ley de su negocio jurídico.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BOGGIANO, A. (1990). *Contratos Internacionales*. Buenos Aires: Depalma.
- BOGGIANO, A. (1998). La solución de controversias: Los principios de UNIDROIT como normativa aplicable a los contratos comerciales internacionales por los jueces nacionales y por los árbitros. En F. MESTRE, *Los principios de UNIDROIT ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* (pp. 167-174). Roma: UNIDROIT.
- CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (1997). *El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980*. En A. CALVO CARAVACA, & L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales* (pp. 41-143). Madrid: Tecnos.
- CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). *Derecho Internacional Privado* (10 ed.). Granada: Comares.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006). Configuración básica del contrato internacional. En A. CALVO CARAVACA, & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional* (pp. 73-134). Madrid: Colex.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*. Madrid: Colex.
- CARRILLO POZO, L. (2005). Ante la revisión del Art. 4 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En L. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, & e. al, *Pacis Artes Obra homenaje al profesor JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS* (pp. 1375-1394). Madrid: Editer Publicaciones.
- CASTELLANOS RUIZ, E. (2005). Autonomía conflictual y contratos internacionales: algunas reflexiones. En A. CALVO CARAVACA, & S. AREAL,

Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional (pp. 425-475). Madrid: Colex.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J., & SÁNCHEZ LORENZO, S. (2009). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. e. (1993). *Derecho Internacional Privado parte especial*. Madrid: Eurolex.
- GUZMÁN ZAPATER, M. (2009). El reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo. *Aranzadi civil. revista quincenal*, 2257-2286.
- MAGNUS, U. (2009). *Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of choice*. En F. FERRARI, & S. LEIBLE, *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual* (pp. 27-50). Munich: European Law Publisher.
- MARTINY, D. (2001). Traditional private and comercial law rules under the pressure of global transactions: The role for an international order. En R. APPELBAUM, W. FELSTINER, & V. GESSENER, *Rules and networks. The legal culture of global business transactions* (pp. 123-158). Oxford: Hart publishing.
- MARTINY, D. (2004). Bestimmung des Vertragsstatus. En C. REITHMANN, & D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der chuldverträge* (VI ed., pp. 1-190). Koln.
- MONROY CABRA, M. (1999). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Temis.
- OPERTTI BADAN, D. (1998). El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano. En F. MESTRE, *Los principios de UNIDROIT ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* (pp. 29-75). Roma: UNIDROIT.
- UBERTAZZI, B. (2008). *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. Milan: Giuffre.

NOCIONES ESENCIALES SOBRE LA ARBITRABILIDAD: UNA APROXIMACIÓN A LAS LEGISLACIONES DE CHILE, MÉXICO Y ESPAÑA

M. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA¹

Universidad de Talca

Resumen. El presente estudio es el resultado de la preocupación por mostrar al lector una visión integral sobre los aspectos elementales a tener en cuenta respecto de los conflictos susceptibles de solución mediante la vía arbitral, desde una perspectiva comparada entre Chile, México y España, teniendo en cuenta la necesidad de mecanismos que aporten soluciones a la problemática diaria en las relaciones comerciales internacionales.

Palabras claves. Arbitrabilidad, proceso arbitral, solución de conflictos.

Key words. Arbitrability, arbitration process, conflict solution.

Sumario: 1. Introducción; 2. Aspectos esenciales sobre la comprensión y delimitación de la arbitrabilidad; 2.1 ¿Qué debe entenderse por arbitrabilidad?; 3. La arbitrabilidad como condición de validez del convenio y del proceso arbitral; 4. Criterios empleados para su delimitación. Revisión del Derecho comparado; 5. Temas sensibles de someter a arbitraje: reflexión sobre el carácter expansivo; 6. El eco del orden público en la arbitrabilidad: ¿Cuándo es límite del arbitraje y cuándo de la labor arbitral?; 7. Estado de la arbitrabilidad en Chile; 7.1. Revisión de la arbitrabilidad en el arbitraje internacional e interno; 7.2. Control de la arbitrabilidad; 8. La arbitrabilidad en México; 8.1. Nociones generales; 8.2. Sobre la delimitación de la arbitrabilidad; 9. La arbitrabilidad en España; 10. Conclusiones; 11. Bibliografía.

¹ Profesora Asociada Derecho privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (s.c.l.). Email: mfvasquez@utalca.cl

1. INTRODUCCIÓN

En el presente texto, revisaremos la noción de la arbitrabilidad desde una perspectiva general, para luego detenernos en la revisión particular de tres marcos legislativos: chileno, mexicano y español, con el objeto de contar con una visión comparada sobre este elemento de la institución arbitral.

2. ASPECTOS ESENCIALES SOBRE LA COMPRESIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA ARBITRABILIDAD

2.1. *¿Qué debe entenderse por arbitrabilidad?*

Bajo el término arbitrabilidad podemos encontrar dos vertientes no excluyentes entre sí, en primer lugar, este término alude a las materias susceptibles de ser arbitradas o arbitrabilidad objetiva que resulta ser coincidente con el objeto del convenio arbitral, y en segundo lugar se refiere al objeto mismo del arbitraje, es decir, la controversia, diferencia o litigio que se somete a arbitraje² y que básicamente se delimita en las respectivas demanda y contestación del proceso arbitral. El primero es una noción amplia, la materia dice relación con un concreto ámbito del Derecho sobre la que versará una determinada relación jurídica causal a la que el arbitraje se refiere; la controversia en cambio, es más reducida, afecta a determinados derechos de las partes que éstas hacen valer en un determinado juicio³. Si bien la primera noción normalmente tiene directa injerencia en el segundo, ello no siempre sucede así, toda vez que respecto de una misma materia podríamos encontrar derechos arbitrales e inarbitrales.

2 PERALES VISCASILLAS, PILAR, *Arbitrabilidad y convenio arbitral*, Aranzadi, Navarra, 2005. pp. 29-31.

3 Así, para HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, la susceptibilidad de arbitraje o arbitrabilidad se refiere específicamente a las "controversias", mientras que la libre disponibilidad se refiere específicamente a las "materias sobre las que recaen las controversias", HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., *Comentarios a la Ley 60/2003, de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006. pp. 155 y ss.

El problema reside en que no toda controversia es arbitrable. En primer lugar es necesario que surja de un contrato con cláusula arbitral válida, o que las partes hayan válidamente acordado dirimirla por arbitraje, y en segundo lugar que el ordenamiento jurídico que resulte de aplicación permita que las controversias de esa naturaleza se resuelvan mediante arbitraje. La complejidad del tema va de la mano con la disparidad de criterios informativos que existen al respecto, en tal contexto, la arbitrabilidad debe entenderse en relación tanto con el derecho material o sustantivo, como con el derecho jurisdiccional o procesal. Esto significa que las partes han de tener una posibilidad de disposición con las materias sometidas a arbitraje desde el plano material, pero además poseer libertad en cuanto a poder someter su disputa a arbitraje, sin que la fórmula de solución de litigio les esté vedada, es decir, se observa desde la óptica de los derechos subjetivos de los sujetos, como desde el punto de vista objetivo⁴. Esto, por cuanto puede suceder que la materia sea en principio arbitrable por sus características intrínsecas, pero esta vía se encuentre restringida por una decisión legislativa, como ocurre cuando se establece la competencia de un tribunal estatal en términos absolutos, o el convenio arbitral, siendo válido, deje de tener eficacia a lo menos temporal por estar sometida una de las partes a un proceso concursal o de quiebra que obliga a llevar el posible litigio arbitral por un conducto diferente establecido para estos efectos.

Distinguir estas dos facetas no siempre resulta fácil, dado que en ocasiones ambas categorías aparecen confundidas o entremezcladas, así sucede por ejemplo con la mayoría de las cuestiones que afectan al Derecho Penal, donde la inarbitrabilidad deriva tanto de la indisponibilidad de la materia o sustantiva, como de la indisponibilidad del derecho jurisdiccional, porque el Estado se reserva la resolución de dichas disputas al ser materias relacionadas con el orden público, el interés público o la organización social que el Estado quiere proteger⁵.

4 A.L. CALVO CARAVACA y J. RODRÍGUEZ RODRIGO explican que se trata, por tanto, del anverso y reverso de un mismo fenómeno jurídico: la atribución con plena efectividad del arreglo de diferencias a una instancia. CALVO CARAVACA, A.L. y RODRÍGUEZ RODRIGO, J. *Arbitraje y Derecho europeo de la competencia: viejos problemas y nuevos dilemas*, Diario La Ley, año XXVI, Nº 6301, 22 de julio de 2005.

5 PERALES VISCASILLAS, *op. cit.* p. 132.

De esta forma, el árbitro debe ajustarse a una dualidad de límites que subyacen en el fondo y que residen en la propia naturaleza y origen del arbitraje: la voluntad de las partes que se plasma en el convenio arbitral, y lo estatuido por la ley y el orden público.

También debemos diferenciar la arbitrabilidad objetiva de la subjetiva, la primera se refiere básicamente a la materia y la controversia, según acabamos de revisar; mientras que la segunda dice relación con la calidad de las personas que pueden intervenir en un arbitraje (privados y públicos)⁶. Nosotros nos ocuparemos de la primera de estas nociones por ser la más frecuente en su significado⁷, sin dejar de abordar en la siguiente parte la actuación de los entes públicos que es a quienes normalmente se restringe el recurso arbitral.

3. LA ARBITRABILIDAD COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ DEL CONVENIO Y DEL PROCESO ARBITRAL.

La voluntad de someter las diferencias actuales o futuras derivadas de una relación privada y la arbitrabilidad de tales diferencias constituyen el fundamento último del arbitraje⁸, constituyen, en fin, los dos pilares básicos de este instituto⁹, pues de su validez depende todo el arbitraje. Dado que constituyen la base del instituto arbitral, ambos se plasman y verifican en el convenio respectivo de modo que si éste no es consentido voluntariamente o versa sobre una materia inarbitrable, la consecuencia ineludible será la nulidad del pacto y, por consiguiente, del procedimiento arbitral en su conjunto. En este contexto, la arbitrabilidad resulta ser un factor fundamental en el instituto arbitraje que debe buscarse como un elemento de validez del acuerdo arbitral. En efecto, siguiendo

6 RAESCHKE-KESSLER, H. (2001). Some Developments on Arbitrability and Related Issues. The Hague: International Arbitration and National Courts: The never ending Store, ICCA International Arbitration conference, La Haya, 2001. pp. 44 y ss.

7 La LM Uncitral en todo momento hace alusión a esta noción (Art. 34 y 36).

8 ARTUCH IRIBERRI, E., El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional, Eurolex, Madrid, 1997. p. 27.

9 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y ARTUCH IRIBERRI E., Propuesta de reforma de la ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre de 1996). RCEA, 1997. p. 313.

este razonamiento, y atendido el hecho que el convenio de arbitraje es, en cuanto a su naturaleza, un contrato y la arbitrabilidad representa la licitud de su objeto que es condición de validez del mismo, entonces, la primera vía que se ofrece al control de la arbitrabilidad es la acción genérica de nulidad de los contratos que debe juzgar el propio árbitro. No obstante, resulta ser más frecuente el cuestionamiento de la validez del convenio arbitral en sede arbitral como oposición por falta de competencia objetiva de los árbitros que se presenta en las alegaciones iniciales¹⁰, y la acción de anulación y de inejecución del laudo que plantea esta causal en buena parte de Derecho comparado e internacional¹¹.

Dado que la arbitrabilidad es una noción tratada de una manera disímil en los distintos sistemas jurídicos, para saber si una materia en concreto es o no arbitrable deberá atenderse necesariamente a la ley aplicable al acuerdo arbitral¹² porque es en este instrumento donde la arbitrabilidad cobrará vida. El ámbito conflictual del arbitraje interno no presenta, en general, dudas ya que la ley que debe aplicarse para determinar la arbitrabilidad serán las normas arbitrales o las generales que regulen los contratos, en el estadio internacional, en cambio, la dimensión conflictual se torna verdaderamente relevante si la voluntad de las partes no está claramente precisada, por cuanto podrían confluir múltiples normas que podrían ser aplicables.

Adicionalmente, en el arbitraje internacional, el árbitro deberá normalmente observar la arbitrabilidad por la ley del lugar sede del arbitraje y aquélla donde se pretende ejecutar el laudo, pues en ambos casos, la materia sometida a arbitraje no podrá contrariar los criterios de arbitra-

10 Como señalamos, si la excepción de incompetencia se presenta en sede estatal, el tribunal no puede entrar a juzgar esta arbitrabilidad, sino que debe remitir el conflicto al árbitro, si lo solicita cualquiera de las partes, a menos que compruebe que el convenio es nulo, ineficaz o de ejecución imposible (Art. 8º LM).

11 Vid. arts. 34 y 36 de la Ley Modelo UNCITRAL (en adelante LM).

12 En opinión de M. REQUEJO Isidro, esto se comprende fácilmente si se considera que el arbitraje es una concesión de los Estados a la autonomía de las partes en cuanto a la solución de una diferencia jurídica, a costa de la potestad jurisdiccional. REQUEJO ISIDRO, M., *Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 11, 1995. p. 44.

bilidad de estos Estados¹³. Esta situación obliga al árbitro a realizar un trabajo de disección de estas materias con el objeto de prever la eficacia futura del laudo que en el proceso arbitral dicte. El problema aumenta si se considera que a pesar de la existencia de convenios internacionales de antigua *data*, no existe una delimitación general de las categorías que pueden ser sometidas a arbitraje, siendo necesario buscar en cada sistema jurídico en particular los límites de la arbitrabilidad de la diferencia¹⁴.

El convenio deberá delimitar la materia o conflicto que se someterá a arbitraje de una manera clara con el objeto de que sobre aquella no se intenten posibles nulidades, con todo, podría ocurrir que siendo la materia arbitrable, no los sean algunos de los concretos derechos que de ella emanan. En la práctica es infrecuente que estos derechos se configuren en los acuerdos arbitrales, que tienden a ser genéricos y amplios, razón por la que normalmente se verifican en la demanda y contestación respectiva. De este modo, podría suceder que siendo el convenio arbitral válido el árbitro sea incompetente de pronunciarse sobre los derechos debatidos en el juicio, porque éstos son inarbitrables de manera que la inarbitrabilidad podrá detectarse *a priori* en ambos estadios. Luego de dictado el laudo comenzarán a operar otros criterios de control de esta arbitrabilidad los que, como señalamos, deben ser tenidos en cuenta por las partes y el árbitro desde el inicio para evitar la ineficacia del arbitraje. Por tanto, la búsqueda de la arbitrabilidad resulta ser un tema transversal del arbitraje cuyos criterios de valoración, al ser distintos, obliga a mantener una visión conjunta sobre esta materia.

4. CRITERIOS EMPLEADOS PARA SU DELIMITACIÓN. REVISIÓN DEL DERECHO COMPARADO

No existe un criterio estándar, al contrario, un breve repaso de la arbitrabilidad en Derecho comparado nos puede ilustrar sobre la diversidad

13 Vid. arts. 34 y 36 LM y Ley de arbitraje comercial internacional de Chile, N° 19.971, 2004 (en adelante LACI).

14 Indeterminación puesta de relieve, entre otros, BOUZA VIDAL N., *La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 52, 2000. pp. 372-394.

de estos criterios, aunque las particularidades de cada ordenamiento no ocultan la existencia de ciertas pautas comunes¹⁵, por ejemplo, la exclusión del manto de la arbitrabilidad de aquellos derechos sobre los que las partes no pueden disponer o transigir. En este contexto, es relevante considerar que esta disparidad se ha intentado soslayar —a lo menos en el campo internacional— con el objetivo de que los arbitrajes gocen de una mayor hegemonía y estabilidad principalmente a la hora de revisar la ley aplicable al arbitraje, sin embargo, la tarea aún no arriba a buen puerto, pues a la fecha no ha sido posible establecer un criterio unívoco sobre la materia, lo que provoca que los árbitros no sólo revisen su competencia en relación a las normas que rigen el convenio arbitral, sino que, preocupados de la eficacia del laudo que al respecto dicten, tomen

- 15 Por ejemplo, en Bélgica, el artículo 1676 del Código Judicial de 1972, cifra la arbitrabilidad en la posibilidad de las partes de comprometerse en una materia concreta quedando excluido lo que concierne al estado civil y al orden público y limitado el derecho laboral, otras disposiciones impiden el arbitraje en materias de patentes, quiebras, *antitrust* o distribución exclusiva. En Alemania los parágrafos 1025, 1025a y 1026 de la ZPO disponen que el límite de la arbitrabilidad es posible encontrarlo si una de las partes ha hecho uso de su poder económico para forzar a la otra a concluir el acuerdo; también se excluyen diferencias en materia de arrendamiento o sobre desavenencias futuras. En Suiza, el concordato o convenio internacional sobre arbitraje de 1969 dispone en su artículo 5º que es materia susceptible de arbitraje la que concierne a derechos sobre los que las partes pueden disponer, salvo que sea objeto de una competencia exclusiva de una autoridad estatal según disposición legal. En el caso francés el primer límite se establece en la distinción en materias civiles y comerciales, pues mientras el compromiso arbitral es posible para ambas, la cláusula arbitral sólo se admite en cuanto a materias comerciales (Art. 2061 CC y 631 Cco.) a ello se suma la exclusión de las cuestiones de estado y capacidad de las personas, divorcio y separación, las controversias que interesan a las colectividades y establecimientos públicos, y en general todas aquellas que interesan al orden público (Art. 2060 del CC). En los sistemas anglosajones no existe por regla general una enumeración de materias excluidas de arbitraje, el inglés establece los límites a la arbitrabilidad en materia comercial en las obligaciones derivadas del tratado de la CEE (normas sobre competencia) y en una excepción conforme a la cual cuando una parte basa su reclamación en la existencia de fraude, la otra puede solicitar la revocación del acuerdo de arbitraje por un tribunal. El sistema estadounidense presenta un movimiento favorable en torno a la arbitrabilidad en las materias comerciales de la que ha derivado que sólo las materias relacionadas con derechos humanos no son arbitrables. Por su parte, el sistema español señala en su Art. 2.1 de la LA de arbitraje que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Para un análisis detenido de éstos. Sobre la materia, *Vid. REQUEJO ISIDRO, M., op. cit.*; *BOUZA VIDAL, op. cit.*

en consideración las normas que sobre la arbitrabilidad mantenga la legislación donde el fallo finalmente será ejecutado y la del Estado sede.

Al analizar estos criterios vemos como todos parten desde diferentes puntos de vista llegando a resultados más o menos similares, sin embargo, —como veremos— ninguno resulta ser concluyente o claramente satisfactorio. En nuestra opinión, esto se debe a que aquellos se construyen y explican necesariamente desde la dimensión civilista y procesal que inunda el instituto arbitral, de modo que ninguno termina por ajustarse en un cien por cien a sus propias necesidades. Debido a ello, parece razonable admitir que sería más conveniente abandonar este clásico ejercicio y adoptar un punto de vista diverso, similar a los países anglosajones, donde en general no se prevén límites a la arbitrabilidad, sino que, por el contrario, partiendo del principio general de la libre arbitrabilidad de las materias, se establezcan causales excepciones en las que el orden público limita la arbitrabilidad del derecho.

Para efectos didácticos, se podrían agrupar estos criterios desde una dimensión positiva y negativa, dentro de la primera se encuentran la patrimonialidad y la disponibilidad, y en la segunda, la indisponibilidad material, el orden público como factor limitante o la atribución imperativa de jurisdicción estatal como impedimento competencial. Si bien podría considerarse que la disponibilidad es un criterio genérico que envuelve la patrimonialidad como pauta particular, lo cierto es que esta última se refiere a una concreta materia que posee este carácter¹⁶, mientras que la libre disposición se da cuando las partes pueden disponer de mutuo acuerdo sobre un determinado derecho¹⁷, de modo que en este caso se atiende a un lineamiento distinto como es el derecho y no la materia, lo que explica como ambos criterios puedan converger y separarse en determinados casos¹⁸. El que las materias patrimoniales

16 Abogando por la utilización de esta noción como referente de la arbitrabilidad, Vid. GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Colex, Madrid, 2000. p. 58.

17 GARCÍA RUBIO, M., *El convenio arbitral en la ley de arbitraje de 5 diciembre de 1988*, Revista Corte Española de Arbitraje, vol. V. p. 87.

18 Para J. MONTERO AROCA, elaborar una lista de ellos es muy difícil además, siempre estaría sujeta a variaciones por circunstancias temporales y espaciales.

sean consideradas arbitrables, excluye a las relativas a las personas, con la salvedad de que se trate de aspectos disponibles de estas últimas, por ejemplo, si la controversia afecta al régimen económico matrimonial¹⁹. Vistas así las cosas, la libre disposición atiende a un plano diverso y más amplio que el puramente patrimonial porque la disponibilidad del derecho se da cuando las partes pueden decidir de mutuo acuerdo sobre aquél o sobre determinados aspectos del mismo, es decir, cuando gozan de autonomía de la voluntad sobre aquél. Este elenco suele determinarse sobre la base de la irrenunciabilidad de los derechos, aunque este último no es de fácil fijación y no siempre afejará la inarbitrabilidad de la materia o del derecho concreto, pues que el ordenamiento jurídico no permita que se pueda hacer dejación del mismo, no enlaza necesariamente con el derecho y con su contenido material y el posible sometimiento de este mismo derecho a arbitraje²⁰.

Por su parte, la indisponibilidad por razones de interés público (general, social, terceros) se vincula a la exclusión de materias por afectar a intereses distintos del privado o individual de quienes acuerdan el arbitraje²¹, de manera que esta vía, no hace sino confirmar la regla antes expuesta en el sentido que debe excluirse todo aquello que involucra los

MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, CORDÓN MORENO, MONTON REDONDO, ESPULGUES MOTA, BARAONA VILAR y MASCARELL NAVARRO, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990. p. 30; Refiriéndose a las materias indisponibles, REGLERO CAMPOS, F., *Comentarios a la ley de arbitraje: ley 36/1988, de 5 de diciembre* (Coord. R. Bercovitz). Tecnos, Madrid, 1991. pp. 55 y ss. En el mismo camino, CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995. pp. 30 y ss.

19 PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia*, Anuario de Justicia Alternativa, TAB, N° 6, 11-75, 2005. p. 28.

20 Como señala PERALES VISCASILLAS, el arbitraje podría ser el medio que controla la validez o invalidez de una posible renuncia al contrato principal en dicho derecho y el medio conforme al cual se juzga el modo de su ejercicio por las partes. PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio...*, op. cit. pp. 29-31.

21 Así se expresa la generalidad de la doctrina, DIEZ PICAZO, *El pacto...*, op. cit., pp. 1166-1167; CORDÓN MORENO, *El arbitraje en el derecho español...*, op. cit., pp. 41-42, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la ley de arbitraje* (Coord. R. Bercovitz), op. cit., p. 20.

intereses de terceros, pues las partes no pueden ejercer su autonomía de la voluntad, por no gozar de libre disposición sobre aquéllas. El concepto predominante al que se debe atender en este contexto es al orden público, que se presenta como una noción gelatinosa, cuya delimitación depende muchas veces del contexto y momento histórico específico, por ello se ha dicho que este vocablo no se puede definir, sino más bien describir según una época y una situación determinada y esta descripción deberá realizarse, en principio, por los tribunales²². El orden público se concibe, en líneas generales, como un elemento defensivo que pretende salvaguardar una serie de principios que inspiran la esencia misma de la sociedad, o la expresión que se da a los principios generales del derecho²³, así, se puede distinguir un orden público sustantivo, en el sentido que es el contenido mismo de la decisión arbitral el que puede parecer intolerable a la autoridad competente del reconocimiento y ejecución del laudo; de la dimensión adjetiva o procesal, que protege los principios del foro desde distintas perspectivas, tales como: la competencia del tribunal, el respeto a las garantías esenciales, la regularidad de su constitución y del procedimiento, entre otras²⁴. Derivado de lo anterior, la limitación del orden público puede adoptar diversas formas, por ejemplo, subentenderse como un límite de la voluntad de las partes en atención a la materia, determinar la intervención del ministerio fiscal por afectar la materia intereses públicos, o consagrar su conocimiento a un determinado órgano judicial o administrativo con carácter exclusivo.

22 PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio...*, op. cit. p. 164.

23 L. DIEZ PICAZO entiende que el orden público viene a ser la expresión que se da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía de la voluntad, consistente en limitar su desenvolvimiento en cuanto lo vulneren. DIEZ- PICAZO, L. y GULLÓN, A., *SISTEMA DE DERECHO CIVIL*, I., Tecnos, Madrid, 1997.

24 Sobre el particular, PÉREZ BEVIA, *Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje privado internacional*, RCEA, 1990. pp. 81-99. En la misma línea, GRIGERA NAON, H., ¿Los árbitros internacionales, deben o pueden aplicar las leyes de policía? *Avances del Derecho Internacional Privado*. En América Latina, *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, (Coord. JAN KLEINHEISTERKAMP y GONZALO A. LORENZO IDIARTE), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

Finalmente, para que el impedimento competencial se convierta verdaderamente en un límite de la arbitrabilidad, debiera ligar con la necesidad de salvaguardar intereses de terceros, de modo que no siempre este límite envolverá la inarbitrabilidad de la materia porque su razón podría encontrarse en otra sede²⁵. En efecto, la especialidad de un tribunal no implica necesariamente su exclusividad en el conocimiento de un determinado asunto, es decir el que se señale un procedimiento específico no implica a su vez la atribución imperativa o exclusiva de la jurisdicción, ni la inarbitrabilidad de la materia²⁶. Tomando en consideración esto último, consideramos que si la materia es de índole exclusivamente privada nada podría impedir que las partes puedan renunciar a la normativa en cuestión, mientras que si el criterio jurisdiccional se basa en un interés de orden público, ello convierte a esta materia necesariamente en inarbitrable.

En este estadio se encuentran los juicios de insolvencia y Derecho de la competencia, entre otras, que a grandes rasgos involucran intereses de terceros que el Estado debe proteger, por lo que normalmente se entrega su conocimiento a una entidad jurisdiccional específica, mas, si un concreto derecho dentro de estas materias deja de afectar los aludidos intereses para pasar a formar parte de la órbita particular de las partes afectadas, nada podría impedir que éstas puedan someterlo a un arbitraje. Estimar lo contrario, implicaría aceptar que lo que verdaderamente se intenta proteger es que por la vía del arbitraje queden inaplicadas determinadas normas imperativas, de lo que se desprendería la velada desconfianza en la labor de los árbitros y el sentimiento de que sólo la justicia estatal es garante del respeto de estas normas.

25 Así, S. GASPAR LERA señala que el hecho que se entregue competencia a un determinado tribunal no implicará necesariamente la inarbitrabilidad de la materia, porque podría ocurrir que se atienda a dicha vía para lograr una vista y resolución más ágil de los asuntos controvertidos. GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Arazandi, Pamplona, 1998. p. 111. GÓMEZ JENE, *op. cit.* pp. 35-36.

26 PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio...*, *op. cit.* pp. 29-31 y 156- 157.

5. TEMAS SENSIBLES DE SOMETER A ARBITRAJE: REFLEXIÓN SOBRE EL CARÁCTER EXPANSIVO

Los temas sensibles de arbitrar —de modo genérico— dicen relación con determinadas materias, como las nacidos de la propiedad intelectual, de marcas y patentes, de quiebras y procedimientos colectivos, de familia, Derecho administrativo y fiscal, temas relacionados al medio ambiente, entre otros, que presentan como nota común el involucrar intereses públicos, razón por la que en muchos casos el legislador ha planteado que deban conocer de ellas un determinado tribunal, impidiéndose por esta vía el cauce arbitral²⁷. No obstante, como señalamos, no puede predicarse respecto de todas una total inarbitrabilidad, pues si bien muchas de estas materias presentan zonas inarbitrables, otras podrán someterse a este instituto.

Frente a lo anterior, desde hace algún tiempo existe una interpretación extensiva del arbitraje en distintos campos hasta ahora vedados a esta institución, prevaleciendo las corrientes *favor arbitrandum*²⁸, herederas de la *presunción de arbitrabilidad de la doctrina norteamericana, vinculada a la Federal Policy Favoring Arbitration*. Esta tesis tiene como máximo exponente el caso *Mitsubishi*²⁹, momento a partir del cual la apertura de la arbitrabilidad de la controversia siguió un camino descendente iniciado en el ámbito internacional y finalizando en el ámbito

27 Sobre este punto, PUJADAS TORTOSA, V. *Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica*, RCEA, 2003. pp. 106-107.

28 Principio que se recoge especialmente en la legislación europea, destacándose la ley sueca de 1999, la ley danesa de 2005 y los parágrafos 1030 ZPO alemana y 582 ZPO austriaca. Sobre el particular, ESPUGLES MOTA, C., *Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa. Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007. pp. 192-193.

29 Caso en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó la paradigmática sentencia a partir de la cual se posibilitó, por vez primera, que un árbitro pudiese entrar a conocer y decidir sobre una controversia que afectaba el Derecho de la competencia. Refiriéndose a este emblemático caso, BOUZA VIDAL, *op. cit.* pp. 375-376; MORENO RODRÍGUEZ, *Orden público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos en Europa y MERCOSUR*, Rev. Lima Arbitration, N°2, 2007. p. 76-77, disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf

interno, dado que las materias que eran internacionalmente arbitrables pasaron a serlo después, también internamente.

Esta tendencia se orienta a ampliar el número de cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje aunque es natural que se registren aún importantes reticencias. Para ello, debe considerarse que la inclusión de una determinada materia en el ámbito de la arbitrabilidad implica una cesión automática por parte del Estado de su competencia para conocer de ciertas controversias a favor de la justicia privada. En otras palabras, este avance tiene como consecuencia necesaria un aumento proporcional del control del arbitraje en cuanto al fondo, por parte del Estado, preocupado de la invulnerabilidad del orden público que tiene por misión proteger³⁰. Como correlato de lo anterior y frente a la carencia en muchos casos de mecanismos de control, existe una actitud de cautela y de preocupación resultante de la amplia órbita abierta a la arbitrabilidad de la controversia internacional en materias intervenidas por el orden público, retrocediéndose sobre los planteamientos tradicionales de esta noción, basados en el peligro que el arbitraje sea un negocio eminentemente lucrativo para los árbitros.

Ante este escenario dispar serán los Estados los que determinarán —ya sea legislativa o jurisprudencialmente— qué litigios quedarán excluidos de este procedimiento, tomando en consideración la noción de orden público, pero principalmente, cómo ésta se convierte en un límite efectivo del arbitraje.

6. EL ECO DEL ORDEN PÚBLICO EN LA ARBITRABILIDAD: ¿CUÁNDO ES LÍMITE DEL ARBITRAJE Y CUÁNDO DE LA LABOR ARBITRAL?

Como revisamos, la relación entre la arbitrabilidad y el orden público es evidente desde que esta última noción impregna cada uno de los criterios tenidos en cuenta para limitar el recurso del arbitraje. En otras palabras, el orden público es la categoría general por antonomasia para juzgar acerca de la arbitrabilidad de determinadas materias, pero ¿cómo y cuándo se configura en límite del arbitraje? La idea general del orden

30 FERNÁNDEZ ROZAS, ARENAS GARCÍA y DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 2007. p. 630.

público responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo y la traducción de la voluntad comunitaria, amenazada por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato, no obstante, su formulación resulta dificultosa, lo que no resulta una novedad considerando las raíces de su consagración legislativa³¹. Sin ánimo de propiciar una definición, baste con señalar para estos efectos que su finalidad es poner un límite a la autonomía de la voluntad de los particulares, ya que admitida la regla del *pacta sunt servanda* era necesario establecer la superioridad que sobre ella habrán de tener otras leyes que interesan al orden público³².

En la noción de orden público suelen agruparse diversos intereses: público, general, social o de terceros, que en realidad vienen a expresar la idea de que una determinada materia o derechos trascienden el mero interés privado o individual, de tal forma que cuando el interés de la colectividad está en juego, sólo cabe el recurso a los procedimientos jurisdiccionales estatales como una forma de protección de aquellos³³. Ante la ausencia de una tasa legal que deslinde las materias que perte-

31 F. De Castro pone de relieve que en la larga elaboración del CC francés apareció tarde el término orden público y se le recibió con críticas, por no expresar otra cosa que el respeto a la ley, y por ser peligroso, pues podría alegarse o probarse que una ley no interesaba al orden público. Luego se aprobará forzando su explicación y definición en los artículos que lo citan (Art. 6º). De allí se extendió a numerosos cuerpos legales en él inspirados, menos al bloque anglosajón donde la expresión no fue bien recibida, y se le cambió por política pública (*politique publique*). Otros Códigos emplearon las expresiones *leyes imperativas* y *buenas costumbres*, así el Código Civil alemán excluyó el concepto del *orden público* que había sido propuesto inicialmente por la comisión redactora, debido a su carácter ideológico, y se mantuvo en vez los términos *moral*, *bien general* o *buenas costumbres*. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 2002. pp. 1117-1122; MORENO RODRÍGUEZ, J., *op. cit.* pp. 63 y ss.

32 Como señala F. DE CASTRO, cuando el Estado se compromete a dar fuerza de ley a los contratos, lo hace arrogándose una actividad pública, por medio de la administración de la justicia, y entonces ya no puede actuar de un modo indiscriminado. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.* pp. 1151-1152.

33 Los fundamentos que suelen darse para fundar tal tesis, son variados: la íntima relación entre la arbitrabilidad y la renuncia a los derechos; el carácter imperativo que normalmente revisten estas normas precisamente porque afectan al orden público. Así lo explica PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio...*, *op. cit.* pp. 162- 163.

necen al orden público es posible construir parte de su contenido a partir de las normas constitucionales, en especial los derechos y libertades fundamentales (aunque no lo que se refiere a la valoración económica de su conculcación), de organización política-judicial, las manifestaciones administrativas del Estado en las que aparezca revestido de autoridad, las cuestiones relativas al estado de las personas, el régimen jurídico de determinados actos y bienes, como por ejemplo lo relativo a su naturaleza, transmisión, prescripción y caducidad, forma de ciertos actos, régimen jurídico de las sociedades, patente y marcas, la libertad de la industria y el comercio, el derecho sancionador penal o administrativo, así como los supuestos legales de atribución imperativa de jurisdicción, entre otras.

No obstante, no es acertado señalar que el orden público juega en todos los casos un papel limitativo de la arbitrabilidad, es decir, el que una materia se considere de orden público no la vuelve por dicha circunstancia en *inarbitrable*, ya que no debe confundirse el carácter disponible de una materia con la noción de orden público³⁴. Lo anterior sucede porque aun cuando esta noción es conocida en general como una defensa y, por tanto, como una noción negativa, existe una positiva entendida como la imposición de ciertas normas materiales del orden público designadas también como leyes de aplicación inmediata, o necesarias; por ello es que el orden público no opera en todas las situaciones como fundamento de la inarbitrabilidad de las materias que pueden someterse a arbitraje, sino sobre todo como un límite de la labor de los árbitros. Para ello debe pensarse que todas las normas jurídicas implican un componente de orden público porque de otra manera no podrían considerárseles como tales, razón por la que si se aplicara esta limitación de una manera estricta o radical, la posibilidad de recurrir a arbitraje sería muy limitada,

34 Así, por lo demás, lo estima la doctrina mayoritaria, CHILLÓN MEDINA, J.F. y MERINO MARCHAN, J.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas, Madrid, 1991; y VÁSQUEZ PALMA, M.F. *Arbitrabilidad objetiva: un acercamiento a su delimitación e importancia*, Rev. Internacional Foro de Derecho Mercantil, N°15, 2007. pp. 103-106.

de forma tal que bastaría que una disposición imperativa estuviere en juego para que el arbitraje resultase prohibido³⁵.

Ante lo anterior se señala con acierto que orden público y derecho imperativo no coinciden³⁶, ni tienen por qué coincidir, ya que una ley puede ser imperativa sin que afecte el orden público³⁷, o lo que es igual, que cuestiones en las que la norma es imperativa, pero el derecho es disponible (contrato de agencia, arrendamientos, sociedades, defensa de la competencia) son perfectamente arbitrables³⁸. Por dicha razón es que cuando las modernas legislaciones arbitrales aluden a esta noción como criterio limitador de la arbitrabilidad no lo hacen a secas, sino que emplean el término: ser contrario al orden público³⁹, lo que equivale a decir que la materia puede estar afectada por el orden público y ser arbitrable, lo importante es que las partes y el árbitro no vulneren su aplicación, porque de así hacerlo, el laudo será susceptible de nulidad, o de inejecución⁴⁰.

- 35 La clave se expuso en un *arrêt* de 15 de junio de la *Cour de Paris* de 1956 al señalar que *la nulidad del compromiso no se deriva de que el litigio verse sobre cuestiones de orden público, sino únicamente del hecho de que el orden público ha sido efectivamente violado*, donde se puso en evidencia que era un error hacer coincidir, a cualquier precio orden público con disposiciones imperativas. Refiriéndose a esta sentencia, CHILLÓN MEDINA y MERINO MARCHAN, *op. cit.* p. 650.
- 36 F. DE CASTRO sostiene que este contenido positivo del orden público aparece sólo en los siglos XIX y XX en que el Estado interviene mediante la dictación de normas imperativas buscando la protección de ciertas clases sociales (contrato de trabajo, seguros, transportes, arrendamientos), abandonando en aquellas el principio de libertad de contratación, lo que hará pasar al orden público a una nueva concepción, la de protección del contratante más débil. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pp. 1052 y ss.
- 37 DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.* p. 238.
- 38 FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., *El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española*, Rev. De Derecho Mercantil, N° 258, 2005. p. 23.
- 39 Esta causal se ha convertido en un criterio de anulación del laudo arbitral, *Vid.* Art. II CNY, Arts. 34 y 36 de la Ley Modelo; 34 y 36 de la LACI, entre otras.
- 40 Para PERALES VISCASILLAS, esta conclusión responde al Estado más evolucionado en la actualidad entre las relaciones de arbitraje y orden público que se viene abriendo paso desde los años 30. PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio...*, *op. cit.* pp. 166-167.

En otras palabras, las normas imperativas no implican necesariamente un criterio de inarbitrabilidad, sino que aquellas podrían sólo tener un valor impositivo en cuanto a su empleo, de manera que el árbitro puede perfectamente conocer de una materia que se rija por este tipo de normas con la única limitación de aplicarlas⁴¹. De hecho, si bien una visión simplista podría distinguir entre las normas dispositivas, imperativas y prohibidas para la aplicación del arbitraje, lo cierto es que la aludida clasificación no podría ser asociada al arbitraje por cuanto, por medio de éste, las partes no disponen del derecho sustantivo derivado del conjunto de normas (dispositivas o imperativas) del ordenamiento jurídico, sino que lo hacen respecto del cauce procesal para la dilucidación de un derecho⁴², por ello es que la existencia de normas imperativas no pueden convertirse en sinónimo de exclusión del arbitraje⁴³.

En vista de lo anterior, para ubicar correctamente el rol que juega el orden público en su función limitadora del arbitraje habrá necesariamente que efectuar una labor de disección. Así, es posible sostener que esta noción puede presentarse en relación al arbitraje en a lo menos dos dimensiones: como una prohibición radical de que una materia o un concreto derecho sea sometido a arbitraje, o bien, como un criterio limitador de las normas aplicables para que la decisión sea válida⁴⁴, en otras palabras se puede aludir a un orden público de protección y de dirección respectivamente. Se convierte en una causal de exclusión del arbitraje principalmente cuando la concreta materia afecta directamente intereses que se estiman públicos y, por tal razón, se han puesto en manos de los tribunales estatales para asegurar su protección. En estos casos no se trata sólo de una limitación a la oportunidad procesal de las partes, sino también sustantiva, porque al afectar la materia

41 HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *op. cit.* p. 28.

42 Como acertadamente señala HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, de así considerarse el árbitro sólo podría aplicar normas dispositivas y no imperativas y otra que el ámbito de materias arbitrables se reduciría enormemente por la dificultad de encontrar materias regidas sólo por aquéllas. HERNÁNDEZ- GIL Y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *op. cit.* pp. 151- 153.

43 CHILLÓN MEDINA y MERINO MARCHAN, *op. cit.* p.p. 649.

44 ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.* pp. 186-187.

intereses de terceros, las partes pierden la legitimación para llevarla a un arbitraje, de modo que será inarbitrable tanto por causas intrínsecas, como extrínsecas. El segundo, en cambio, se concreta en un conjunto heterogéneo de normas y reglas de derecho positivo, con la invasión de normas del tipo imperativas, que se encuentran en la necesidad de ser aplicadas por los árbitros de modo que de así no hacerlo, el laudo por él pronunciado se estimará contrario al orden público⁴⁵, ejemplo de éstas son las normas que protegen principios y derechos fundamentales, ciertos principios procesales, entre otros⁴⁶. En otras palabras, para resolver el litigio sometido a arbitraje el árbitro no puede dejar de aplicar este bloque normativo.

Si bien el orden público de dirección cobra mayor realce en los arbitrajes de derecho porque existe la obligación concreta de ajustarse a un determinado ordenamiento jurídico —entiéndase tanto material como formal—, los arbitradores no quedan del todo excluidos de la aplicación del mismo. Éstos no tienen obligación de aplicar el derecho sustantivo⁴⁷, pero si el deber de respetar ciertas normas que se estiman de orden público y que son adjetivas constituidas por el cumplimiento de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de las partes y la expresión de sus motivaciones⁴⁸. De esta manera, el orden público normalmente se infringe en los arbitrajes de derecho por la manifiesta e incorrecta aplicación del derecho, y en los arbitrajes de equidad por el resultado inicuo del mismo.

45 MANTILLA— SERRANO, F., *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005. p. 47.

46 HINOJOSA SEGOVIA, R., *La nueva ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales. La nueva ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007. p. 350; MULLERAT, R., *La anulación del laudo arbitral*, RCEA, 1995. p. 153.

47 Para J.A. PÉREZ BEVIA el árbitro debe aplicar el derecho que las partes hayan querido considerando sus limitaciones, si las partes han descartado expresamente ciertas reglas de este derecho, aunque sea de orden público, los árbitros no pueden en nombre de un orden público del que no son guardianes, imponer su aplicación; sin embargo no ocurre lo mismo cuando la estipulación contractual es contraria al orden público del derecho elegido por las mismas. PÉREZ BEVIA, *op. cit.* pp. 92-93.

48 MULLERAT, *op. cit.* p. 148-149.

Finalmente es dable efectuar una distinción entre el orden público interno y el internacional. El primero se manifiesta con intensidad muy diferente en los diversos campos de las relaciones jurídicas (derechos de la personalidad, del estado de las personas, de familia, bienes, obligaciones, sucesiones, Derecho Comercial, profesional, económico, etc.) y, como vimos, en general, comprende las normas que las partes no pueden derogar en un determinado sistema jurídico. El internacional permite adoptar una perspectiva diferente, que ha avalado en muchas ocasiones el efecto específico singular y derogatorio del arbitraje internacional respecto del arbitraje doméstico⁴⁹, así, en presencia de una relación jurídica de este carácter el árbitro debiera velar por el orden público internacional que es más restringido que el local⁵⁰, en cuanto sólo interviene para salvaguardar las concepciones del foro y como tal cumple más bien una función positiva que negativa⁵¹.

Frente a esta innegable vinculación, se intenta superar, en el marco del arbitraje internacional, la dicotomía orden público nacional e internacional para abrirse paso a una noción más amplia: la del orden público transnacional⁵², este orden público –aún incipiente en su configuración– viviría desvinculado de la influencia estatal que recibe el

49 Distinción formulada, entre otros, por J.A. MORENO RODRÍGUEZ, haciendo alusión al estudio europeo relativo a propuestas de reforma en el ámbito contractual, conocido como *Libro Verde*, MORENO RODRIGUEZ, *op. cit.* p. 75.

50 Como señalan, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, la construcción del orden público debiera hacerse en términos restrictivos pero con un contenido específico a fin de que sirva como base o guía a los tribunales que analizan la causal en comento. El orden público interno viene conformado por todas las disposiciones o principios imperativos de un sistema jurídico, no derogables por la voluntad de las partes. En contrapartida, el orden público internacional es un concepto más restringido, que hace referencia a aquellas normas o principios esenciales, o de imperatividad reforzada, que impiden la aplicación de una norma extranjera que pueda derogarlos. FERNÁNDEZ ROZAS, J. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de derecho internacional privado*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996. p. 383.

51 Sobre el tema, GRIGERA NAON, *op. cit.*

52 Realizando un análisis específico sobre algunos delitos en esta materia, Realizando un análisis específico sobre algunos delitos en esta materia, CREMADES Y CAIRNS, *Orden público transnacional en el arbitraje internacional (cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable)*, Diario La Ley, Nº 5798, Año XXIV, 2003.

orden público internacional⁵³. Dentro de esta noción estricta de orden público suelen encontrarse los principios de la buena fe, la prohibición de discriminación, de corrupción, de parcialidad o independencia de la institución que gestiona el arbitraje, entre otros. No obstante ello, como observamos, el orden público interno y sus delimitaciones no puede ser olvidado en el marco de un proceso arbitral, pues la contrariedad de aquél podrá ser valorada por el Estado sede y también por el Estado en que se pretende ejecutar el laudo según sus propios parámetros, aunque existe un amplio consenso en que esta contrariedad, en general, debe observarse desde el punto de vista adjetivo y especialmente, en el cumplimiento de las garantías procesales básicas⁵⁴.

Hasta donde conocemos, en ningún país la arbitrabilidad es absoluta. Todos establecen límites a la potestad de las partes de resignar el acceso a los tribunales judiciales; y es general la concepción de que cierto tipo de conflictos deben quedar reservados a aquellos. El mecanismo para lograrlo es cercenar el derecho de las partes a someterlos a decisión de árbitros, declarándolos no arbitrables. Por ejemplo, se reconoce casi universalmente que las cuestiones relativas a derechos personalísimos nacidos del derecho de familia (por ejemplo, divorcio o filiación), o las penales (entendidas como las derivadas de la prosecución y punición de los delitos), entre otras, no pueden ser decididas por árbitros.

Las legislaciones generalmente definen el elenco de materias arbitrables estableciendo un criterio general, que descansa sobre la naturaleza de los derechos involucrados en la controversia: algunas aluden a su carácter patrimonial; otras se refieren a derechos de contenido económico; otras toman el concepto de la transigibilidad; y finalmente otras condicionan la arbitrabilidad a la disponibilidad de los derechos, sea bajo la fórmula de derechos *patrimoniales disponibles*, o con la sola referencia a su carácter disponible.

53 MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, *op. cit.* p. 105.

54 Sobre el particular, *Vid. Supra*, Cap. I y VI.

7. ESTADO DE LA ARBITRABILIDAD EN CHILE.

7.1. Revisión de la arbitrabilidad en el arbitraje internacional e interno.

Debemos distinguir la legislación internacional de la interna. El arbitraje internacional, tratado por la Ley 19.971, sobre arbitraje comercial internacional (2004), no se pronuncia sobre qué materias pueden ser arbitrables, o lo que es igual, qué criterios determinan esa arbitrabilidad. Lo que especifica, es el ámbito de aplicación de esta ley a disponer en su artículo 1° *Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.* Se entiende que el arbitraje es “internacional” si: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o b) El lugar del arbitraje o del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos⁵⁵; o c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado (Art. 1° n° 3). Por su parte, indica que la expresión *comercial* debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultorías, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera (Art. 2°, g).

55 De acuerdo a este precepto, si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. Si una de las partes no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual (Art. 1 N°4).

Esta precisión copia un pie de página⁵⁶ de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL que pretende explicar la amplitud del término sin ser necesariamente taxativo⁵⁷. La idea de contemplar un ámbito de aplicación restringido a estas materias por parte de la CNUDMI era distinguir claramente a este arbitraje de las materias de Derecho público en cuanto participe el Estado, que puede llevarse a arbitraje bajo la aplicación de otros cuerpos normativos⁵⁸, pero no parece clara la razón de excluir de él al resto de materias de Derecho privado. Al parecer con esta técnica jurídica lo que se pretendía era descartar las relaciones laborales y de consumo, pero dejando un amplio margen de manipulación en la definición de comercialidad⁵⁹. Por lo mismo, no es posible su construcción desde la óptica interna, pues claramente el Derecho Internacional pretende dar una interpretación amplia a este vocablo, de la mano de las tendencias internacionales, y no restringirlas a lo considerado como tal por el Derecho doméstico. Finalmente, se debe considerar que la disposición en comento es aplicable sólo cuando el lugar sede del arbitraje se encuentre en Chile (Art. 1.2), de manera que cuando las partes someten una concreta materia a arbitraje deberán atención a esta disposición.

Si bien el legislador plantea como ámbito de aplicación las materias comerciales, no podemos decir que con ello se cubre la noción de arbitrabilidad, en cuanto entender que son arbitrables todas las materias comerciales señaladas en la ley. En efecto, el hecho que la ley determine

56 Explican C. ESPUGLES MOTA y M. MCNERNY que la solución incorporada fue criticada en un comienzo por permitir interpretaciones diferenciadas, con el consiguiente peligro de crear situaciones de tensión e inseguridad, lo que podría afectar negativamente su futura aceptación, ESPUGLES MOTA, C. y MCNERNY, M., *Aproximación a la nueva Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional*, RCEA, 1986, p. 15.

57 La idea de la Ley Modelo no era posible dar una definición estricta. Por ello el Art. 1º incorpora una nota en la que se pide una interpretación amplia para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Se hace hincapié en que la amplitud interpretativa que se propone y en el hecho que lo que una ley nacional pueda considerar comercial no puede ser un factor determinante. *Ibid.*

58 Refiriéndose a esta materia, SELLARÉS SERRA, J., "¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?", *Anuario de Justicia Alternativa*, Nº3, 2002. pp. 131- 163.

59 Vid. <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-264-e.pdf>.

su ámbito de aplicación material no implica necesariamente que avale la arbitrabilidad de las mismas, cierto es que la mayor parte de las materias comerciales son arbitrables, pero también que una materia comercial o un concreto derecho dentro de la misma, podría ser considerada inarbitrable para un determinado derecho por las razones que antes tuvimos ocasión de revisar. La razón de este silencio podríamos encontrarla en el hecho que la arbitrabilidad reviste importancia para configurar el convenio arbitral y las partes son libres para elegir el derecho que estimen pertinentes, sólo a falta de esta expresión será aplicable la ley del Estado sede (Art. 34). En otras palabras, una cosa es que el litigio sea considerado arbitrable de acuerdo a la ley aplicable y otra diversa es que forme parte del ámbito de aplicación material que rige la LACI, pues para que el arbitraje resulte válido deberá reunir ambos requerimientos.

De la mano de lo anterior, de especial importancia se vuelve a estos efectos, lo preceptuado en el Art. 1 N° 5 de esta ley que señala: *Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.* Esta disposición proclama que no se afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley. Con ello se intenta salvar todos los restantes sistemas particulares de arbitraje internacional (CIADI, OMC), lo que no implica que una materia de esta índole deba someterse siempre a estos mecanismos, simplemente, se dice que el hecho que una materia tenga el carácter comercial-internacional no provoca la exclusión de estos procedimientos⁶⁰. Adicionalmente, habría que señalar que la LACI no se podrá aplicar cuando el Estado⁶¹ actúe como tal, lo que dice relación con un factor de orden

60 J. SELLARÉS Serra señala al respecto que esta diferenciación resulta difícil de sostener si se toma en cuenta que el arbitraje entre un inversionista y un Estado también podría someterse a un foro privado, por ejemplo, en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París. SELLARÉS SERRA, *op. cit.* pp. 131-163.

61 FIGUEROA VALDÉS, J.E., *Tópicos de la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional*, en Estudios de arbitraje, Libro homenaje al Profesor Patricio AYLWIN

subjetivo, ya que el Estado no podría participar en el arbitraje ejerciendo una función pública porque tales actividades no pueden calificarse de *comerciales*, pero sí cuando actúa como una empresa con fines de lucro porque no existe prohibición al respecto. De hecho, los arbitrajes internacionales con sujeción a un tribunal y ley extranjera celebrados por entidades públicas chilenas están expresamente autorizados con algunas limitaciones relativas a la renuncia de inmunidad y a exigencias derivadas de las formalidades habilitantes en relación al acuerdo (DL. N° 2349 de 1978). De manera que si la ley admite que el Estado de Chile para asuntos comerciales se puede someter a la ley y un tribunal foráneo, con mayor razón puede someterse a un arbitraje afecto a la ley 19.971⁶².

En el escenario interno, no existe un criterio normativo que de forma general o particular, dibuje lo que ha de entenderse por arbitrable. En base a ello, intentaremos llegar a su delimitación a partir de las pautas y normas existentes, siendo la más relevante, la distinción entre arbitrajes prohibidos, forzosos y voluntarios, los que pasamos a revisar a continuación. Es necesaria la delimitación de esta materia por las repercusiones que tiene asociadas y para ello debemos indagar las normas del ordenamiento jurídico en general, a falta de normas concretas en materia arbitral. La ecuación no es sencilla, no se trata de hacer una suma y una resta, es decir, señalar que se puede arbitrar todo aquellos que no se encuentre prohibido. Esta posición, que por cierto facilitaría enormemente la tarea encomendada no es viable, porque el criterio de inarbitrabilidad no se queda sólo en las materias señaladas como tales en los arts. 229 y 230 COT, a lo que se debe añadir el carácter dudoso de aquellas según tuvimos ocasión de revisar precedentemente, de modo que los pertinentes criterios de arbitrabilidad necesariamente hemos de buscarlos más allá de dichos horizontes.

A partir del diseño, esta delimitación es posible construirla sobre elementos sustantivos y adjetivos, positivos y negativos. El primero que

Azocar, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2007. p. 397.

62 PUGA VIAL, J.E., *Mercantilidad y el arbitraje comercial internacional*, en Estudios de arbitraje, Libro homenaje al Profesor Patricio AYLWIN Azocar, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2007. pp. 415.

debemos tomar en consideración es el señalado en el Art. 12 del CC que establece el principio de renunciabilidad⁶³. Este criterio presenta dos límites: El respeto a los derechos o intereses de terceros y las normas prohibitivas que podrían poner freno a tal facultad, aún de no mediar tales intereses. De ello, se visualizan a lo menos dos fronteras que deslindan la arbitrabilidad: las normas prohibitivas que encontramos en los Arts. 229 y 230 del COT y la afectación de intereses de terceros, entendida ésta como una noción amplia de manera que puede implicar tanto los intereses específicos de terceras personas, como el interés general que involucra el orden público. No obstante, para que esta norma se proyecte como criterio delimitativo de la libre disponibilidad en el arbitraje, tiene que ser objeto de una ponderación funcional y no trasladarse de manera mecánica o acrítica, ya que sería difícil establecer la regla de que todos aquellos derechos cuya renuncia puede contrariar el interés público o perjudicar a terceros no puedan ser susceptibles de someterse a arbitraje⁶⁴.

En este contexto, una de las normas que más se aproximan al campo de acción en materia arbitral, son las referidas a la transacción, no por su finalidad —que claramente es diferente según ya hemos tenido ocasión de revisar—⁶⁵, sino más que nada por su objeto en la medida que la transacción liga con la autonomía de la voluntad de las partes, cimiento que comparte con el instituto arbitral, de manera que debemos estudiar si es posible la extrapolación del ámbito de aplicación material del contrato de transacción al instituto arbitral. Pues bien, el Art. 2449 del CC dispone que la transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito, sin perjuicio de la acción criminal, norma que sería aplicable al arbitraje por cuanto se trata de una materia que sólo afecta

63 El precepto en cita señala: *Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.*

64 Como señala R. HINOJOSA SEGOVIA, la disponibilidad de la materia ha de ponerse en relación con el carácter renunciable o no de ésta, lo que en principio se predica de todos los derechos, siempre que no contrarien el interés ni el orden públicos ni perjudiquen a terceros. HINOJOSA SEGOVIA, R., *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales* (Estudio jurisprudencial), Edersa, Madrid, 1991. p. 460.

65 Sobre las diferencias entre transacción y arbitraje. *Vid. Infra.*

a los intereses de las partes comprometidas. Asimismo, no es posible transar sobre el estado civil de una persona (Art. 2450 del CC) materia que tampoco puede someterse a arbitraje a partir de lo prescrito en el Art. 230 en sincronía con el Art. 357 del COT, y lo mismo habría que entender en relación a los alimentos futuros de las personas a quienes se deba por ley, ya que si bien pueden transarse, para su validez se requerirá de una autorización judicial y no podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 334 y 335⁶⁶. Finalmente, el Art. 2452 señala *No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen*, disposición que cabe suministrar respecto del arbitraje en cuanto no puede someterse a un acuerdo arbitral derechos en que se vean afectadas otras personas que no formaron parte del citado pacto. De manera que entre la institución arbitral y el contrato transaccional existe una perfecta simetría que se traduce en que una materia que puede transarse puede también arbitrase.

Estas normativas nos llevan indefectiblemente al criterio de la libre disposición entendido como la posibilidad que tienen las partes de decidir de mutuo acuerdo sobre un derecho que les concierne o sobre un determinado aspecto del mismo, es decir, cuando gozan de autonomía de la voluntad sobre el derecho⁶⁷. Para comprender la correcta dimensión de este asunto es necesario recordar que si bien ciertas materias entrañan, en líneas generales, la protección del orden público y, por tanto, ser consideradas inarbitrables, podrá darse el caso que concretos derechos de la misma si puedan someterse a arbitraje por dejar de afectar esa línea de intereses y trasladarse sólo al ámbito privado, por consiguiente, no es correcto sostener la arbitrabilidad sólo respecto de las materias,

66 El Art. 334 dispone: *El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse*, mientras que el Art. 335 prescribe *El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él*.

67 Como señala J. GARBERÍ LLOBREGAT no puede identificarse disponibilidad del derecho con ausencia de limitaciones a la facultad de disponer de determinados bienes y derechos. Éstas últimas no privan a su titular de la facultad dispositiva sobre el derecho, sino que delimitan éste restringiendo su contenido que puede ser susceptible de arbitraje respetando su configuración de derecho gravado. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje: doctrina, jurisprudencia, formularios, legislación*, Bosch, Barcelona, 2004. p. 35.

sino más bien, debemos referirnos a los concretos derechos que se ven involucrados en la misma o al litigio que surge de éstos. Ambos factores resultarán cruciales en el examen de competencia que realice el árbitro. En tal sentido cabe recordar que si bien las partes pueden en el convenio arbitral referirse a una concreta materia en términos generales, la arbitrabilidad se apreciará sobre todo una vez surgido el conflicto, pues es en este momento donde las partes contrapondrán los derechos que cada una estima deben protegerse⁶⁸.

Aun cuando no existe un catálogo de derechos disponibles, éste se puede construir a partir de la afirmación que resulta disponible todo aquello que nos afecta de manera personal y no involucra los intereses de terceros o público en general, se trata de una noción que mira a los intereses puramente privados, porque nadie puede disponer de más derechos que los que tiene. Este criterio se conecta con el límite de la autonomía de la voluntad que es, a su vez, el cimiento básico del instituto arbitral por lo que se puede dibujar con precisión un círculo que comienza y se cierra bajo esta razón, por ello se ha dicho que la institución arbitral tiene los límites en sí misma⁶⁹. Por lo demás, la libre disponibilidad no se limita sólo a las relaciones contractuales, sino que también puede extenderse a las materias extracontractuales⁷⁰.

Desde una perspectiva negativa, la indisponibilidad se asocia a la exclusión de ciertas materias que afectan a intereses plurales, que van más allá de los puramente privados o individuales⁷¹, lo que suele realizarse sobre la base de la irrenunciabilidad de los derechos y de la imposibilidad de transarse. Además de aquellas, en la legislación chilena se deberá considerar especialmente lo preceptuado en los arts. 1462⁷² y

68 *Op. cit.*, p. 28.

69 *Vid. Supra*. Cap. I y II.

70 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la ley de arbitraje: ley 36/1988, de 5 de diciembre*, (Coord. R. Bercovitz), Tecnos, Madrid, 1991. p. 20.

71 Así se expresa la generalidad de la doctrina, DIEZ PICAZO, *op. cit.* pp. 1166-1167; CORDÓN MORENO, *op. cit.* pp. 41-42, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*

72 El aludido precepto señala: *Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno.*

siguientes del CC, desde una óptica sustantiva. Por su parte, la noción de orden público, en cuanto criterio limitador, ha de aplicarse de forma estricta en el sentido que, según ya analizamos, el hecho que una materia contenga normas imperativas, o sea considerada en general como de orden público, no la convierte necesariamente en inarbitrable, sino sólo cuando aquél implica una prohibición concreta de someter una materia a arbitraje. Igualmente, esta noción podrá convertirse en un límite del recurso arbitral, no en cuanto a su arbitrabilidad, sino más bien de la labor desempeñada por el árbitro, cuando éste no respete la normativa que atienda a este carácter, como por ejemplo, no respeta las normas del debido proceso.

Liga con lo anterior considerar la libre disponibilidad desde un estado procesal en cuanto principio de oportunidad, en el entendido que sólo podrá someterse a arbitraje una materia o un concreto derecho cuando esté expedita la vía arbitral y lo estará cuando el legislador no hubiere determinado que aquéllas deban ser conocidas y resueltas por un tribunal (ordinario o especial) determinado⁷³, siempre que estos ámbitos competenciales no puedan ser derogados o renunciados por las partes, lo que sucede cuando se afectan intereses públicos⁷⁴. En todo caso, debe distinguirse claramente qué tipo de tercero es el afectado, es decir, una persona que tiene un interés directo en el derecho comprometido, o a quien le afecta la sentencia por un cauce meramente coyuntural u oblicuo⁷⁵, ya que sólo la preterición de las primeras se convierte en un defecto del pacto arbitral pues ello provocará la falta de legitimación necesaria de las partes para llevar la controversia a la justicia arbitral.

73 Así, por ejemplo, no podrían conocer de los recursos de inaplicabilidad porque tienen establecido por ley un tribunal especial para su conocimiento y el de revisión en materias civiles y penales en que deben ser oído el dictamen del fiscal judicial (Art. 813 CPC y 475 del CPP).

74 Para A. HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, se ubica en este escenario la aplicación del de litisconsorcio pasivo necesario en cuanto no puede seguirse un juicio arbitral si no se reúnen todas las voluntades necesarias para ello en cuanto a su legitimación. HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *op. cit.* p. 127.

75 Sobre las voluntades necesarias para constituir el convenio arbitral y la distinción de estos terceros, *Vid. Infra.*

En suma materias inarbitrables son las que no puedan disponerse, debiendo considerar en ello criterios de orden subjetivo (intransabilidad y/o irrenunciabilidad) aunque no de una manera estricta por la difícil configuración que presentan en este ámbito; como adjetivos, en cuanto principio de oportunidad para someter una materia a arbitraje. No es correcto en nuestra opinión hablar de materias inarbitrables en general, como por ejemplo, que son inarbitrables las materias de Derecho de familia o de Derecho público, pues en estos elencos es posible encontrar ciertos derechos que sí podrían someterse a arbitraje según acabamos de revisar más atrás y seguiremos estudiando. Lo que debe ser arbitrable es el litigio, si la relación jurídica es arbitrable o no cae en otro campo de calificación⁷⁶.

De la mano de lo anterior, podría suceder que ciertas materias sean arbitrables en *potencia* y no serlo en la práctica por un impedimento adjetivo que puede ser luego cambiado vía legislativa. Es lo que sucede con aquéllas que tienen asignado un tribunal exclusivo para proteger la aplicación de ciertas normas del tipo imperativas, pero si se estima que el árbitro debiera aplicar las mismas en caso de conocer de dichas materias, entonces muchas de ellas pasan a ser arbitrables⁷⁷. En este punto, se vuelve verdaderamente relevante distinguir sobre los tipos de intereses que pueden verse afectados, por cuanto no es lo mismo que determinados terceros puedan estimarse dañados, que si se afectan intereses generales o públicos, en el primer caso, podría arbitrarse la materia si se reúnen las voluntades requeridas para ello, lo que no podrá ocurrir en el segundo caso. Asimismo, será preciso revisar las materias que se han considerado como *sensibles* de someter a arbitraje, tanto de *lege data* como de *lege ferenda*.

7.2. Control de la arbitrabilidad

El control de la arbitrabilidad puede llegar a ser un tanto imbricado, pues la LACI no fija una ley única para regir la arbitrabilidad de la

76 En este sentido, ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.* p. 188.

77 Un completo estudio sobre las problemáticas que se plantean en relación a estas materias, PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio...*, *op. cit.* pp. 11-75.

controversia, sino que plantea controles dispares y no necesariamente coincidentes. Si se trata de verificar la validez del contrato arbitral y, por tanto, la arbitrabilidad como elemento, se deberá acudir a la ley aplicable elegida por las partes a partir del principio de autonomía de la voluntad⁷⁸, sólo si éstas nada señalaren aquella será juzgada a partir del Derecho del Estado sede (Art. 34). Además de constituir la arbitrabilidad un elemento del contrato arbitral al que es necesario atender para determinar la validez de dicho pacto y consecuentemente del laudo, la falta de arbitrabilidad configura además una causal independiente en el recurso de anulación del laudo y de los motivos para ejecutarlo, lo que viene a confirmar el hecho que la arbitrabilidad constituye un elemento transversal en el instituto arbitral cuya presencia se detecta en diferentes supuestos (convenio y proceso) como ya antes explicamos. Por lo demás, si bien se entrega a las partes la facultad de decidir las normas que regirán un conflicto (Art. 28) y el acuerdo arbitral (Art. 34), y ello importa una renuncia a la obligación de aplicar el Derecho chileno sustantivo⁷⁹, lo cierto es que el Estado siempre querrá proteger su ordenamiento, por lo que el control normalmente se dirige al respeto de las garantías procesales y el orden público de dicho Estado, lo que no implica —como señalamos— que todas las materias que presenten este componente serán inarbitrables⁸⁰.

El *ente* que verifica esta arbitrabilidad difiere en uno u otro caso, para ello se debe distinguir entre antes y después de la dictación del laudo, en el primer caso, tal facultad se entrega al árbitro (Art. 16). Si bien el Art. 8º de la LACI alude a un examen estatal del convenio⁸¹ en el caso que

78 No obstante, como señala J. GRAHAM., hoy en día nadie podría afirmar que por el hecho de que las partes no designaron derecho aplicable a su contrato, éste carece de validez. GRAHAM, JAMES, "La transnacionalización del arbitraje", disponible en: [www.codexnews.com/.../WNPPrintArticles/FED6B2F92BE1E69FC22573D300714C64/\\$file/codextransnacionalizacion.doc](http://www.codexnews.com/.../WNPPrintArticles/FED6B2F92BE1E69FC22573D300714C64/$file/codextransnacionalizacion.doc)

79 Se trata de una consecuencia de la internacionalidad del arbitraje, GÓMEZ JENE, *op. cit.* pp. 50.

80 ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.* p. 189.

81 El Art. en comento dispone: *El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito*

le sea sometido un litigio sobre un asunto que es objeto de arbitraje, lo cierto es que éste no puede considerarse como un verdadero control de la arbitrabilidad. El tribunal sólo debe revisar la existencia del acuerdo y la aparente validez del mismo, no puede entrar a pronunciarse sobre las razones que podrían volver dicho contrato nulo, pues ésta es una labor que se encomienda al árbitro, de modo que si comprueba que existe un pacto arbitral y que éste reviste una aparente viabilidad, deberá remitir este litigio a la sede arbitral si lo solicita cualquiera de las partes, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del conflicto. De estimar lo contrario, habría que entender que existe una verdadera colisión entre el Art. 8 y el 16 de esta ley. Luego de pronunciado el laudo, este control recaerá en ambos casos en la Corte de Apelaciones respectiva ya sea para anular el laudo o bien para ejecutarlo (Art. 34 y 36 LACI)

El asunto es que el contrato arbitral podría ser perfectamente válido bajo el control realizado por el árbitro y la CA en atención al derecho elegido por las partes y, sin embargo, igualmente provocarse la nulidad del laudo arbitral o su inejecutabilidad en razón de inarbitrabilidad. En efecto, como señalamos, los arts. 34 y 36 de la LACI plantean un control adicional de la arbitrabilidad que opera de oficio y no ya como elemento del convenio, sino independiente de éste, es decir, que el tribunal compruebe que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es arbitrable (Nº2, b, i). El control de la validez del convenio, si bien se puede realizar por entidades diferentes (árbitro y juez estatal) debe aplicar la misma ley para resolverlo; en cambio, el control de la arbitrabilidad como elemento independiente se hará bajo una ley diversa, en principio, a la elegida por las partes, por cuanto para resolver este punto la CA observará siempre la ley chilena si lo que se pretende es anular o ejecutar el laudo por *falta de arbitrabilidad*⁸².

sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

82 Sobre la acción de nulidad, Vid., entre otros, LORCA NAVARRETE, A. Mª y LORCA NAVARRETE, A., *Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente Ley de Arbitraje*, Diario La Ley, Nº 6005, Año XXV, 2004.

De este modo, aun cuando el convenio arbitral fuere declarado válido de acuerdo a la ley del contrato elegida por las partes, el laudo deberá ser válido en relación a la ley del Estado Chileno, debiendo las partes y el árbitro atender a la conjugación de esta normativa para impedir que el proceso arbitral decaiga en ineficaz⁸³. Por lo demás, si bien este control podría obviarse en los dos primeros escenarios por no reclamarse la nulidad del pacto arbitral o del respectivo laudo, ello no es posible frente al Estado de ejecución del fallo arbitral, pues se trata de un trámite necesario e inevitable, por lo que no es infrecuente la crítica formulada en aras de suprimir el control del Estado sede para dar paso sólo al control del Estado de ejecución⁸⁴.

Como se comprenderá, lo problemático del asunto es que la arbitrabilidad se juzgará bajo la óptica de leyes diversas que podrían ser contrarias entre sí, de manera que el resultado del control dependerá de las circunstancias del caso y lo que se esté juzgando en concreto⁸⁵. En tal escenario, procede preguntarnos por la connotación de la ley aplicable al laudo arbitral y a la ejecución de aquél señalado en la LACI, es decir, la ley chilena⁸⁶, ¿cómo debemos entender esta causal? y ¿qué criterios deben aplicarse para construir el elenco de materias arbitrables para la ley chilena? son las preguntas que rápidamente afloran. Frente a ello,

83 El tema dista de estar resuelto de forma general. El artículo V.2. a) Convenio de Nueva York y el artículo VI.2 *in fine* Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional permiten que los tribunales nieguen el reconocimiento de un laudo o de un compromiso arbitral, si la materia, de acuerdo con su propia *lex fori*, no es arbitrable. Pero en otras circunstancias, y en especial cuando los árbitros tienen que determinar su propia competencia, no está tan claro cuál es el ordenamiento que deben aplicar para determinar la arbitrabilidad.

84 PEREZNIETO CASTRO, L. y GRAHAM, J., "¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?" en *Estudios de arbitraje, Libro homenaje al profesor Patricio AYLWIN Azocar*, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2007. pp. 595- 607.

85 En este punto, conviene tener en cuenta que otros ordenamientos jurídicos arbitrables han dado un paso al frente en la materia posibilitando que el acuerdo arbitral se estime válido por cualquiera de las leyes posibles de aplicar, lo que también se aplica a la arbitrabilidad. Ello, además de reforzar la validez del pacto, provoca un mejor escenario como Estado Sede al impedir que esto se resuelva de una manera acumulativa. Un ejemplo lo constituye el Art. 9.6 LA española de arbitraje. Refiriéndose a esta materia, FERNÁNDEZ-ARMESTO, *op. cit.* pp. 22-23.

86 VÁSQUEZ PALMA, *op. cit.* pp. 77-113.

podríamos pensar, por ejemplo, que esta noción debe entenderse en términos estrictos, y dado que se trata de una ley internacional, debe restringirse este requisito a esta sede, no obstante, lo cierto es que la expresión *ley chilena* no puede, en ningún caso, interpretarse en estos términos, pues de así haberlo querido el legislador hubiere acotado esta noción de modo de comprender sólo este ámbito.

Pues bien, si pensamos que la noción *ley chilena* plantea una conjugación amplia, de todo lo que para el derecho chileno es arbitrable, necesariamente debemos incluir al Derecho interno, no obstante surge la interrogante si todas las materias que pueden considerarse inarbitrables en el ámbito doméstico pueden extrapolarse para los efectos de declarar esta nulidad. En otras palabras, debemos depurar aún más esta nomenclatura de modo de analizar qué razones de inarbitrabilidad son trasladables al escenario internacional. Como vimos, las causas de inarbitrabilidad estriban en la falta de disponibilidad por razones de fondo y forma, en nuestra consideración, sólo podrían aplicarse las primeras, es decir, cuando el litigio es imposible de arbitrar por afectar intereses públicos que exceden la libertad de las partes, mas no cuando se trata de una inarbitrabilidad meramente formal o adjetiva, que obstruye el principio de oportunidad procesal de aquéllas. Esto se debe a que las razones de distribución de competencia están fundadas en ordenaciones internas y, por lo mismo, pretende afectar ese orden jurídico, así, si consideramos que el arbitraje internacional escapa de dicha ordenación, no podría vedarse la posibilidad de las partes en cuanto a someter esta materia a un arbitraje internacional si se dan los presupuestos para ello⁸⁷. Tampoco podría aplicarse este criterio en solitario para declarar nulo un laudo arbitral internacional, para ello se debe considerar que la LM se elaboró como una ley especial, prevaleciente sobre cualquier norma doméstica y, por tanto, también sobre aquellas que puedan limitar de alguna manera el arbitraje comercial internacional⁸⁸.

En este contexto, la inexistencia de una perfecta simetría entre las materias declaradas comerciales en el Derecho interno, con aquellas

87 PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio...*, op. cit. pp. 29-3º y 156-157.

88 ESPUGLES MOTA y MCNERNY, op. cit. pp. 15.

señaladas en la LACI, no nos debiera preocupar realmente, pues una cosa es el ámbito de aplicación de esta ley, que como vimos es comercial-extensivo, y otra que el objeto de la controversia sea arbitrable para el Derecho chileno. Para determinar las materias comerciales en el Derecho chileno interno debemos recurrir al Art. 3° del CCo⁸⁹, lo que se resume en la idea que serán comerciales aquellos actos jurídicos otorgados o celebrados por un comerciante profesional en el ejercicio de alguna de las actividades allí señaladas, siendo predominante la tesis de actos de empresas. Si contrastamos esta norma con la letra g, del Art. 2 de la nueva ley veremos que no existe coincidencia, dado que varios de los ejemplos allí citados no son posibles de conformar con alguna de las hipótesis aludidas en el CCo, por ejemplo, la consultoría y la ingeniería son actividades profesionales normalmente excluidas de la mercantilidad, así como también lo son las licencias de marcas comerciales y patentes industriales, las concesiones de explotación, los contratos de consultoría económica, comercial y financiera⁹⁰. Esto, sin embargo, no implica que las materias sean inarbitrables para el Derecho doméstico pues, como señalamos, la comercialidad no es un criterio concluyente en la delimitación de esta noción, de forma que una materia podría ser

89 Resumidamente este artículo plantea que son actos de comercio: la compra y permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas, a menos que esté destinada a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial; la compra de un establecimiento de comercio; el arrendamiento de cosas muebles hecho con ánimo de subarrendarlas; la comisión o mandato comercial; las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables; las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, las agencias de negocios y los martillos; las empresas de espectáculos públicos, sin perjuicio de las medidas de policía que corresponda tomar a la autoridad administrativa; las empresas de seguros terrestres a prima, incluso aquellas que aseguran mercaderías transportadas por canales o ríos; las operaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques sobre documentos a la orden, cualesquiera que sean su causa y objeto y las personas que en ella intervengan, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio; las operaciones de banco, las de cambio y corretaje; las operaciones de bolsa; entre otros.

90 Sobre la dimensión del vocablo comercial en el Derecho chileno, PUGA VIAL, *op. cit.* p. 413.

considerada no comercial en el plano interno y ser igualmente arbitrable para la ley chilena y comercial en sede internacional.

Del mismo modo, consideramos que las materias declaradas como de arbitraje forzoso en la legislación chilena no entran en la categoría de inarbitrabilidad⁹¹, pues se trata de una norma imperativa con un sustrato puramente procesal en cuanto fija normas de competencia para el Derecho chileno doméstico, en este caso absoluta, de modo que no existe un verdadero obstáculo para que dichas materias puedan ser sometidas a un arbitraje internacional, pues su forzamiento está pensado como una cuestión competencial del Derecho interno que no vincula la esfera internacional si se dan los supuestos de la internacionalidad y comercialidad. Lo importante es que las materias sean disponibles por las partes y, por tanto, potencialmente arbitrables, de manera que no se podría, por ejemplo, impedir que se someta a un arbitraje una cuestión relativa a sociedades comerciales en el ámbito internacional.

Siguiendo con el razonamiento anterior, si bien esta causal de nulidad se conecta al hecho que los límites establecidos en relación al arbitraje internacional se dibujan en función de la concepción mantenida en cada Estado respecto de las materias que se estiman arbitrables, por la imposibilidad de desconexión total entre ambos regímenes⁹² y la protección del orden público de dicho Estado⁹³, lo cierto es que al aplicar la respectiva causal de inarbitrabilidad se debe considerar necesariamente el

91 A diferencia de lo que sostienen A. ROMERO SEGUEL y J.I. DÍAZ VILLALOBOS, quienes estiman que las materias de arbitraje forzoso delimitadas en la legislación chilena no pueden ser sometidas al sistema del arbitraje comercial internacional. ROMERO SEGUEL, A. y DÍAZ VILLALOBOS, J., *El arbitraje interno y comercial internacional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007. pp. 15-16.

92 Para J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, ello sucede por la imposibilidad de desconexión total entre ambos regímenes. *El arbitraje comercial internacional entre la autonomía...*, FERNÁNDEZ ROZAS J. C. (2005). *El arbitraje comercial internacional entre la autonomía la anacionalidad y la deslocalización*. REDi, vol. LVII, pp. 611-612.

93 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje*, en *La nueva ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007. p. 79.

contexto internacional que tiene el arbitraje⁹⁴ y, por tanto, provenir de una interpretación amplia que abandone los escollos puntuales que pueda tener una determinada legislación sobre la materia⁹⁵. De lo contrario, se podría llegar a la paradoja que se declare nulo un laudo arbitral por considerar inarbitrable la materia que se sometió a arbitraje según las normas del Derecho chileno interno y, sin embargo, ser perfectamente válido el convenio según el derecho escogido por las partes, y por el país en que se pretende ejecutar el fallo, lo que terminaría por provocar mucha desconfianza en este sistema de control y en su Estado como sede arbitral⁹⁶. Finalmente, se debe tener en cuenta que el análisis del control de la arbitrabilidad presenta una vocación distinta si se intenta anular el laudo, que si se pretende declararlo inejecutable en Chile, pues en el primer caso, los efectos asociados se amplificarán, de manera que el laudo será considerado, en principio, nulo para todos los ordenamientos⁹⁷, en cambio, en el segundo la consecuencia será puntual: no se podrá ejecutar en Chile.

94 Como señala E. ARTUCH IRIBERRI, cuando el juez decide la arbitrabilidad necesariamente observa su propio derecho, porque es su orden público el que está en juego, pero esta noción debe ser tomada estrictamente en su noción internacional de manera que la lista de materias arbitrables aumente. ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.* p. 191.

95 Un ejemplo en tal sentido, lo constituye el Art. 41 e) de la LA de arbitraje española 60/2003, que cuando se refiere a esta causal de anulación plantea que el laudo se puede anular si los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, sin acotar tal noción al Derecho español.

96 Por otra parte, debemos recordar que el CNY posibilita la ejecución de una sentencia aun cuando fuere anulada (Art. VII). Comentando este principio de *favor executionis*, CUARTERO RUBIO, M^a V., El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional, Eurolex, Madrid, 1997. pp. 157-167. Por lo demás, no son pocos los que se decantan por la eliminación del control del Estado sede para reservarlo al Estado en que se pretende ejecutar el laudo arbitral. Sobre el particular PEÑAYER, JUAN REMÓN, *Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas*, InDret, Rev. Para el análisis del Derecho, Barcelona, N°3, Julio 2007. pp. 4-6.

97 No obstante, ya existe una doctrina jurisprudencial que atribuye al Estado de ejecución la última palabra en relación al laudo, como ocurrió en el caso *Hilmarton* de 1994, y el caso *Bechtel* de 2005, pronunciados por Cortes de Casación francesas.

8. LA ARBITRABILIDAD EN MÉXICO.

8.1. Nociones generales

Hasta 1988 el Código de Comercio tuvo un tratamiento obsoleto de la materia arbitral, sin embargo, derivado de una primera reforma en materia de arbitraje, el 4 de enero de 1989 se introdujeron parcialmente algunas disposiciones de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo UNCITRAL/CNUDMI), así como de la Convención para el Reconocimiento de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York en 1958 (Convención de Nueva York) y de la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá).

La segunda reforma al Código de Comercio en materia de arbitraje tuvo lugar el 23 de julio de 1993 donde se reformó completamente el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio para incluir toda una legislación moderna, completa y coherente en materia de arbitraje, bajo el título *Del Arbitraje Comercial*. Dicha reforma incorpora la Ley Modelo de CNUDMI en forma íntegra, con las modificaciones y adaptaciones necesarias para el medio mexicano, así como ciertos principios tomados del Reglamento de Procedimiento Arbitral de la propia CNUDMI. La propuesta era consistente con la necesidad de que México respondiera a los retos políticos y económicos que configuraban el ámbito internacional. A fin de no contar con dos regímenes locales normativos del arbitraje, los legisladores mexicanos efectuaron los ajustes necesarios al texto modelo con el propósito de que la nueva normatividad se aplicara tanto a controversias de carácter interno como a casos internacionales, cuando en los últimos el procedimiento se llevara a cabo en territorio nacional. Otro antecedente directo de la reforma al Código de Comercio de 1993 es la firma del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) el 17 de diciembre de 1992 por los Estados Unidos, México y Canadá, y su inminente entrada en vigor el 1 de enero de 1994, a estos efectos, cabe recordar que el Artículo 2022 del TLCAN dispone que las partes se comprometen a promover y facilitar el recurso de los particulares de la zona de libre comercio al arbitraje, así como

otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales⁹⁸.

8.2. Sobre la delimitación de la arbitrabilidad

El que una controversia sea arbitrable no es un tema regulado por la ley mexicana de arbitraje, es el resultado de lo dispuesto por el derecho sustantivo aplicable. A partir de ello, la determinación de qué materias pueden ser sujetas al arbitraje es una cuestión compleja, toda vez que, salvo en contadas excepciones, no existen reglas claras sobre qué controversias pueden ser sometidas al arbitraje. Del análisis de las normas involucradas, se colige que para que una controversia sea arbitrable bajo derecho mexicano debe satisfacer positivamente los siguientes cuatro criterios: no versar sobre un área expresamente excluida; versar sobre derechos de libre disposición; no vulnerar el interés público; y no involucrar derechos de tercero⁹⁹.

Los derechos que pueden someterse a un arbitraje son aquellos renunciabiles (Artículo sexto del Código Civil Federal que versa sobre los derechos a los que los particulares pueden renunciar), como ocurre con los derechos meramente pecuniarios; aquellas disponibles o transables. Quedan apartadas de esta posibilidad aquellas áreas que están expresamente excluidas por disposición legal, las que normalmente obedecen a criterios de afectación de terceros o de intereses públicos, por ejemplo, la liquidación de sociedades. En caso de que la controversia verse sobre derechos de tercero, deberá recabarse la autorización de dicho tercero, so pena de ser improcedente el arbitraje. Este criterio también es especialmente aplicable al objeto de este estudio.

El artículo 1415 señala que *Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispues-*

98 GARZA MAGDALENO, F. El arbitraje en México, 2009. pp. 4-7. Disponible en <http://cdei.itam.mx/GarzaArbitraje.pdf>

99 GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., *Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles*. Notas para una discusión. Comisión de Derecho Mercantil, Comité de Derecho Arbitral Barra Mexicana, Colegio de Abogados. pp. 2-3.

to en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje. Lo dispuesto en los artículos 1424, 1425, 1461, 1462 y 1463, se aplicará aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional. El arbitraje internacional es aquél en el que: a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento. Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

El control de la arbitrabilidad puede efectuarlo el propio árbitro, a propósito de la revisión de su competencia y de la validez del acuerdo arbitral, así como la justicia estatal. Este último camino puede transitarse a través de la acción de nulidad o la ejecución de aquél. En el primer caso, debemos considerar que de acuerdo al artículo 1457 los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando el juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público. Por su parte, se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando (Art. 1462.II) el juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

9. LA ARBITRABILIDAD EN ESPAÑA.

El artículo 2.1 de la LA (60/2003) expresa que: *Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.* Este precepto se parece mucho a su antecedente, el artículo

1º de la ley de 1988(9), el cual permitía someter a este mecanismo las cuestiones litigiosas, surgidas o que pudieran surgir, en materias de libre disposición, conforme a derecho.

Determinar qué constituye una materia o un derecho de libre disposición es fundamental para decidir cuál es el objeto de este estudio. Sin embargo, lo anterior no resulta sencillo al tratarse de un concepto jurídico indeterminado teniendo en cuenta las diferentes interpretaciones que han surgido en la doctrina y jurisprudencia españolas, lo que resulta criticable, especialmente porque resultan tautológicas, al tratar de definir la libre disposición recurriendo a otros conceptos jurídicos indeterminados. La tendencia que se puede considerar mayoritaria en la doctrina española considera que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia. Por lo tanto, los asuntos patrimoniales pueden ser objeto de arbitraje, pero no los relativos a las personas. Esto con la salvedad de que se trate de aspectos disponibles, tales como si la controversia afecta el régimen económico matrimonial. No obstante, se entiende que el criterio de la libre disposición es más amplio que la patrimonialidad. La disponibilidad del derecho se da cuando las partes pueden disponer de mutuo acuerdo sobre él o sobre determinados aspectos del mismo, esto es, cuando gozan de autonomía de la voluntad sobre el derecho.

Conforme al criterio determinante de la inarbitrabilidad de la materia, según algún sector de la doctrina y jurisprudencia españolas, se considera que no son susceptibles de ser sometidas a arbitramento aquellas cuestiones cuya determinación se encomienda a una jurisdicción especial. Esto por cuanto la ley especifica el órgano administrativo o judicial, distinto de la jurisdicción ordinaria, el cual se encargará de su resolución o de aquellos casos en que la ley designa un procedimiento específico dentro de la jurisdicción ordinaria. Así mismo, son inarbitrables aquellas materias cuya resolución se encomienda de forma exclusiva a la jurisdicción del Estado, esto es, existe una *atribución imperativa de jurisdicción*. Como resulta evidente, la exclusividad de la jurisdicción del Estado puede hacer inarbitrables determinados derechos, pero debe considerarse que la especialidad no implica necesariamente la exclusividad, ni viceversa. Lo anterior quiere decir que, a pesar de que se señale un procedimiento específico, esto no implica necesariamente, a

su vez, la atribución imperativa o exclusiva de la jurisdicción, como con relación a que ni lo uno ni lo otro presuponen necesariamente la inarbitrabilidad de la materia.

Asimismo, tratándose de una ley monista al igual que en el caso mexicano, el artículo 3.1 de la Ley española de Arbitraje incorpora la clave para diferenciar entre el arbitraje interno y el internacional. El precepto, en línea con lo dispuesto en la Ley Modelo de la UNCITRAL, determina la internacionalidad del arbitraje atendiendo a la vinculación que presenta éste con España. Significativamente, sin embargo, los concretos criterios utilizados para valorar dicha vinculación difieren en algunos extremos de los recogidos en la Ley Modelo: 1) En primer lugar, la internacionalidad del arbitraje desarrollado en nuestro país vendrá motivada por el hecho de que en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes —con independencia de cuál sea su nacionalidad— tengan sus domicilios en Estados diferentes (art. 3.1.a). Se trata de una circunstancia objetiva de carácter territorial referida a las partes, que contrasta con la incorporada en el artículo 1.3.a) de la Ley Modelo en el que, en línea con los mandatos de otros textos elaborados en el seno de la UNCITRAL se utiliza la noción de *establecimiento* de las partes en lugar del *domicilio* de éstas. 2) El segundo criterio utilizado por el legislador español a la hora de calificar un arbitraje como internacional refiere al hecho de que el lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral al amparo del artículo 2619 de la propia Ley de Arbitraje, o determinable con arreglo a éste, se encuentra situado fuera del Estado en que las partes —con independencia de su nacionalidad— tengan sus respectivos domicilios (art. 3.1.b). Se mantiene, pues, la misma solución recogida en el artículo 1.3.b.i) de la Ley Modelo, con la sustitución —una vez más— del término *establecimiento* por el de *domicilio*. 3) En tercer lugar se señala que un arbitraje será internacional cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia, esté situada fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios (art. 3.1.b). El criterio viene a coincidir en términos generales con el recogido en el artículo 1.3.b.ii) de la Ley Modelo, en el que se hace referencia al *lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial*. 4) El cuarto criterio usado por el legislador español para adjetivar al arbitraje

como internacional menciona la circunstancia de que el lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha esté situada fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios (art. 3.1.b). Se trata de una regla que reproduce de forma prácticamente mimética la solución prevista en el artículo 1.3.b.ii) de la Ley Modelo, en el que se hace mención al *lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha*, con la salvedad de la sustitución de la idea de *establecimiento* de las partes, por la del *domicilio* de las partes. 5) Por último, el artículo 3 de la Ley de Arbitraje refiere al hecho de que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional (art. 3.1.c). Es éste un criterio conocido hasta ahora en el ordenamiento jurídico español a través del Convenio de Ginebra de 1961, y que se encuentra presente en algunos Ordenamientos jurídicos nacionales de nuestro entorno. De hecho, el artículo 3.1.c) de la Ley española no hace sino reproducir linealmente el mandato del artículo 1492 CPC francés.

10. La comparación de las soluciones recogidas en la Ley española de Arbitraje y las presentes en la Ley Modelo de la UNCITRAL pone de manifiesto la existencia de diferencias entre una y otra en cuanto a la concreción de la condición internacional del arbitraje. La Ley Modelo de la UNCITRAL combina cuatro criterios objetivos de carácter territorial, establecimientos de las partes en Estados diferentes, lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral, lugar de cumplimiento de la obligación o lugar con el que el objeto del litigio tenga una vinculación más estrecha, con la referencia directa al principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Por contra, la Ley española de Arbitraje de 2003 obvia esta última mención a la autonomía de la voluntad como criterio de especificación de la internacionalidad del arbitraje, optando por utilizar exclusivamente factores objetivos no siempre idénticos a los recogidos en la Ley Modelo; al alterarse las tres conexiones territoriales utilizadas en el artículo 1.1.3.a) y b) de la Ley Modelo, que pasa de ser el establecimiento de las partes, presente en el texto de la UNCITRAL, al domicilio de éstas.

En cuanto al control, la arbitrabilidad del litigio objeto de arbitraje se presenta como un requisito esencial de validez y efectividad del convenio arbitral reconocido por los distintos ordenamientos jurídicos. La arbitrabilidad no refiere a cuales sean los posibles derechos que deban

aplicarse a una determinada controversia, sino a si la misma puede o no ser decidida por los árbitros. Un sector de la doctrina ha asumido tradicionalmente el hecho de que la arbitrabilidad, aun cuando constituye un presupuesto de validez del convenio arbitral, no necesariamente ha de venir gobernada por la ley que regula la misma, atendidas las especiales connotaciones que confluyen en esta cuestión. El legislador español ha optado expresamente por someter la cuestión de la arbitrabilidad de la controversia en el arbitraje internacional, al mismo régimen aplicable a la validez del convenio arbitral. Ello implica, directamente, que la presunción favorable a la validez del convenio que recoge el ya mencionado artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje de 2003 se traduzca en este ámbito, en una presunción a favor de la arbitrabilidad de la disputa. De esta suerte, tendrá la condición de *arbitrable* aquella materia susceptible de ser resuelta por arbitraje de acuerdo con lo dispuesto en las normas seleccionadas por las partes para regir el convenio arbitral, aquellas aplicables al fondo de la controversia o, en última instancia, al derecho español.

10. CONCLUSIONES

El arbitraje no es una herramienta apta para cualquier clase de controversia. Además de algunas limitaciones funcionales propias de sus características intrínsecas de este instituto, existen barreras naturales definidas por los diferentes ordenamientos jurídicos, tanto desde una perspectiva sustantiva como adjetiva. Los criterios mayoritariamente empleados dicen relación con las materias de libre disposición o su carácter patrimonial. Es difícil elaborar, a partir de estos lineamientos no siempre bien precisados, las materias que pueden definirse como arbitrables o inarbitrables, de manera que esta labor queda normalmente relegada a los árbitros, al revisar su competencia y la validez del convenio arbitral, o a los tribunales judiciales, con motivo de la alegación de nulidad del laudo y de la ejecución del mismo.

Entre las legislaciones revisadas es posible detectar que sólo España plantea criterios meridianamente claros para este objetivo, sin embargo, aquél no alcanza a recoger ni solucionar los diferentes cuestionamientos que se manifiestan en la actualidad. De este modo, será en la revisión

particular de las diferentes materias donde se podrá determinar si aquélla es susceptible o no de arbitraje.

11. BIBLIOGRAFÍA

- ARTUCH IRIBERRI, E., *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, Madrid, 1997.
- BOUZA VIDAL N., *La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 52, 2000.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la ley de arbitraje: ley 36/1988, de 5 de diciembre*, (Coord. R. BERCOVITZ), Tecnos, Madrid, 1991.
- CALVO CARAVACA A.L. y RODRÍGUEZ RODRIGO, J., "Arbitraje y Derecho europeo de la competencia: viejos problemas y nuevos dilemas", *Diario La Ley*, año XXVI, Nº 6301, 22 de julio de 2005.
- CHILLÓN MEDINA, J.F. y MERINO MARCHAN, J.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas, Madrid, 1991.
- CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- CREMADES y CAIRNS, *Orden público transnacional en el arbitraje internacional (cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable)*, *Diario La Ley*, Nº 5798, Año XXIV, 2003.
- CUARTERO RUBIO, M^a V., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, Madrid, 1997.
- DE CASTRO y BRAVO, F., *El negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 2002.
- DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, I., Tecnos, Madrid, 1997.
- ESPUGLES MOTA, C., *Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa. Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

- ESPUGLES MOTA, C. y MCNERNY, M., *Aproximación a la nueva Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional*, RCEA, 1986.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., *El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española*, Rev. De Derecho Mercantil, N° 258, 2005.
- FERNÁNDEZ ROZAS, ARENAS GARCÍA y DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje*, en *La nueva ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y ARTUCH IRIBERRI E., *Propuesta de reforma de la ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre de 1996)*. RCEA, 1997.
- FIGUEROA VALDÉS, J. E., *Tópicos de la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional*, en *Estudios de arbitraje, Libro homenaje al Profesor Patricio AYLWIN Azocar*, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2007.
- GARCÍA RUBIO, M., *El convenio arbitral en la ley de arbitraje de 5 diciembre de 1988*, Revista Corte Española de Arbitraje, vol. V.
- GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Arazandi, Pamplona, 1998.
- GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Colex, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., *Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles*. Notas para una discusión. Comisión de Derecho Mercantil, Comité de Derecho Arbitral Barra Mexicana, Colegio de Abogados.
- GRIGERA NAON, H., *¿Los árbitros internacionales, deben o pueden aplicar las leyes de policía?* Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, (Coord. JAN KLEINHEISTERKAMP y GONZALO A. Lorenzo Idiarte), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

- HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., *Comentarios a la Ley 60/2003, de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*, Edersa, Madrid, 1991.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., *La nueva ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales. La nueva ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- LORCA NAVARRETE, A. M^a y LORCA NAVARRETE, A., *Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente Ley de Arbitraje*, Diario La Ley, N° 6005, Año XXV, 2004.
- MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005.
- MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, CORDÓN MORENO, MONTON REDONDO, ESPULGUES MOTA, BARAONA VILAR Y MASCARELL NAVARRO, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990.
- MORENO RODRÍGUEZ, *Orden público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos en Europa y MERCOSUR*, Rev. Lima Arbitration, N°2, 2007.
- MULLERAT, R., *La anulación del laudo arbitral*, RCEA, 1995.
- PEÑEVER, JUAN REMÓN, *Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas*, InDret, Rev. Para el análisis del Derecho, Barcelona, N°3, Julio 2007.
- PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia*, Anuario de Justicia Alternativa, TAB, N° 6, 11-75, 2005.
- PÉREZ BEVIA, *Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje privado internacional*, RCEA, 1990.

- PEREZNIETO CASTRO, L. y GRAHAM, J., “¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?” en *Estudios de arbitraje, Libro homenaje al profesor Patricio AYLWIN Azocar*, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2007.
- PUGA VIAL, J.E., “Mercantilidad y el arbitraje comercial internacional”, en *Estudios de arbitraje, Libro homenaje al Profesor PATRICIO AYLWIN AZOCAR*, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2007.
- PUJADAS TORTOSA, V. *Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica*, RCEA, 2003.
- RAESCHKE-KESSLER, H. (2001). *Some Developments on Arbitrability and Related Issues. The Hague: Internacional Arbitration and Nacional Courts: The never ending Store*, ICCA Internacional Arbitration conference, La Haya, 2001.
- REGLERO CAMPOS, F., *Comentarios a la ley de arbitraje: ley 36/1988, de 5 de diciembre* (Coord. R. Bercovitz). Tecnos, Madrid, 1991.
- REQUEJO ISIDRO, M., *Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 11, 1995.
- ROMERO SEGUEL, A. y DÍAZ VILLALOBOS, J., *El arbitraje interno y comercial internacional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007.
- SELLARÉS SERRA, J., *¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?*, Anuario de Justicia Alternativa, N°3, 2002.
- VÁSQUEZ PALMA, M.F. *Arbitrabilidad objetiva: un acercamiento a su delimitación e importancia*, Rev. Internacional Foro de Derecho Mercantil, N°15, 2007.

LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA INCLUIDA EN UN FIDEICOMISO-TRUST, UN ROMPIMIENTO CON EL PARADIGMA CONVENCIONAL DEL ARBITRAJE

RAFAEL IBARRA GARZA¹

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. Los fideicomisos y los *trusts* son instituciones análogas pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes que son usados en relaciones comerciales internacionales. En virtud de las ventajas del arbitraje no es una sorpresa encontrarse cláusulas compromisorias en los instrumentos creadores de dichas figuras. Sin embargo, existe un obstáculo a la eficacia de dichas cláusulas; este obstáculo consiste en la falta de aceptación de los fideicomisarios o de los *cestuis que trusts* de la cláusula arbitral. La falta de consentimiento se debe a la estructura misma de los fideicomisos y de los *trusts*. A pesar de dicho obstáculo, existen teorías y legislaciones que fundamentan la eficacia de las cláusulas de arbitraje; poniendo así en duda el paradigma convencional del arbitraje.

Palabras claves. Fideicomiso, *trust*, cláusula compromisoria, fideicomisarios, *cestuis que trusts*

Key words. Fideicomiso, *trust*, arbitration clause, fideicomisarios, *cestuis que trusts*

Sumario. 1. Introducción; 2. Los obstáculos a la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en un fideicomiso-*trust*; 2.1 Los obstáculos a la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en el instrumento creador del *trust*; 2.2 Los obstáculos a la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en el contrato de fideicomiso; 3. La eficacia de la cláusula compromisoria incluida en un fideicomiso-*trust*; 3.1 Los fundamentos teóricos de la eficacia

1 Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I (SNI-I); consultor externo del despacho Leal-Isla & Horváth, S.C. Correo personal: ribagar@hotmail.com. El autor quisiera agradecer a Daniel Rojas Tamayo por la revisión de este capítulo y por los comentarios tan acertados que hizo al respecto.

de la cláusula compromisoria incluida en un fideicomiso-*trust*;
3.1.1 La teoría contractual; 3.1.2 La teoría del beneficio; 3.1.3
La teoría de la intención; 3.2 Las reformas legislativas que au-
torizan la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en un
fideicomiso-*trust*; 3.2.1 Las reformas legislativas en los Estados
de la familia de la *common law*; 3.2.1.1 Las reformas del Estado
de Florida; 3.2.1.2 Las reformas del Estado de Arizona; 3.2.2
Las reformas legislativas en los Estados de la familia romano-
germánica; 4. Conclusión; 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las ventajas del arbitraje y las deficiencias de los procesos estatales son la razón por las cuales las partes en un conflicto llegan a preferir aquél método de solución de controversias (VON SEGESSER, 2014, p. 38 y ss.). Si bien el arbitraje florece en conflictos que nacen de relaciones contractuales, éste no debería de limitarse a ese tipo de conflictos.

Así por ejemplo, las partes en un conflicto testamentario podrían también beneficiarse de un procedimiento arbitral. Dichos beneficios fueron bien vistos por GEORGE WASHINGTON, el primer presidente de los Estados Unidos de América, quien estableció una cláusula compromisoria en su testamento para que cualquier conflicto que surgiera entre sus herederos fuese resuelto mediante un procedimiento arbitral (BOSQUES-HERNÁNDEZ, 2008, p. 5).

Al hablar de cláusulas arbitrales testamentarias sale a relucir el problema de su eficacia, toda vez que como el testamento es un acto unilateral del testador, los herederos no dan su consentimiento respecto a la cláusula de arbitraje. En términos similares existe el problema sobre la eficacia de una cláusula compromisoria incluida en el instrumento creador del fideicomiso y del *trust* (MURPHY, 2011, p. 632).

El fideicomiso es un mecanismo de los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia romano-germánica, mientras que el *trust* pertenece a los sistemas de la *common law*. A pesar de que el fideicomiso y el *trust* son figuras pertenecientes a familias jurídicas distintas con notables diferencias (ZEPEDA, 1983, p. 379) no dejan de ser instituciones análogas.

El fideicomiso y el *trust* se pueden describir de la misma forma. Ambas instituciones son una relación jurídica a tres actores (una sola persona puede tener más de un rol²) donde el fideicomitente-*settlor* transfiere al fiduciario-*trustee* determinados bienes para que realice con ellos una determinada misión, que será por lo general a favor de los fideicomisarios-*cestuis que trusts* (STRONG, 2012, p. 1169 y 1170). En la figura del *trust* también es posible que el *settlor* se auto designe como *trustee* sobre ciertos de sus bienes para que realice con ellos una determinada misión, que será también por lo general a favor de los *cestuis que trusts* (THOMAS & HUDSON, 2010, p. 127 y ss.).

Ambas instituciones tienen en sus respectivos sistemas gran presencia en las relaciones comerciales; muchas operaciones mercantiles se estructuran a través de ellas (LANGBEIN, *The secret life of the trust: the trust as an instrument of commerce*, 1999). La presencia del fideicomiso y del *trust* en las relaciones comerciales no se limita a las relaciones nacionales, sino dichas figuras también son utilizadas para relaciones comerciales internacionales (GRAZIADEI, MATTEI & SMITH, 2005). Además, existen muchos otros fideicomisos y *trusts* internacionales de naturaleza no comercial (HAYTON D., 2011).

Para que sean considerados como de naturaleza internacional es necesario, pero suficiente, que haya una conexión legal con dos o más países (HAYTON D., 2011, p. XXIX). Este sería el caso por ejemplo, si el fideicomiso fuese creado en México sobre bienes localizados en Estados Unidos de América o aún si el fiduciario se encuentra en México pero el fideicomisario recibe como beneficio una transferencia bancaria a su cuenta en Francia.

En presencia de un fideicomiso o un *trust* internacional existe una inseguridad jurídica para las partes en caso de un conflicto (CORBETT, 2012, p. 6). Primeramente, si las partes no establecieron la jurisdicción competente y la ley aplicable, éstas se establecerán independientemente de su voluntad y conforme a las reglas de derecho internacional privado.

2 También es posible que participen más actores, sería el caso del comité técnico en el fideicomiso y del *trust protector* en el *trust*.

En segundo lugar, existe el riesgo de que la jurisdicción competente no resuelva adecuadamente la disputa cuando desconoce la figura en cuestión. En otras palabras la inseguridad jurídica deriva del hecho de que una de las dos figuras, el fideicomiso o el *trust*, será una institución desconocida para la jurisdicción que resolverá el conflicto.

En efecto, la institución del fideicomiso además de que no existe en algunas Estados de la familia romano-germánica, tampoco es conocida en Estados de las otras familias de derecho como es el caso de la *common law* o del derecho islámico. Esto mismo ocurre con la figura del *trust* puesto que ésta sólo existe en los países de la familia de la *common law*³.

De lo anterior surge la necesidad de que las partes prevean en sus instrumentos cláusulas de elección de foro (o atributiva de jurisdicción —o de competencia—) y cláusulas de ley aplicable; y si prefieren que las posibles controversias no se resuelvan por cortes estatales deberán establecer cláusulas de arbitraje⁴.

Respecto a las cláusulas compromisorias, al cual se limitan nuestro estudio, existe particularmente una problemática sobre su eficacia. Este problema surge principalmente en el Derecho de los *trusts*, pero también puede surgir con las cláusulas de arbitraje insertas en los contratos de fideicomisos⁵.

3 Por estas razones se creó la convención internacional denominada Convención sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento. Dicha convención fue creada el primero de julio de 1985.

4 El tipo de conflictos que pueden surgir en un fideicomiso y en un *trust* son de dos tipos: internos y externos. Los conflictos internos son aquellos que nacen directamente del fideicomiso o del *trust* entre dos o más partes a dicha relación jurídica (fideicomitente-*settlor*, fiduciario-*trustee*, fideicomisario-*cestui que trust*, comité técnico y *trust protector*). Los conflictos externos son aquellos que derivan con terceros a la relación jurídica, de esta manera los conflictos no son sobre los fideicomisos y *trusts* (STRONG, *Mandatory arbitration of internal trust disputes: improving arbitrability and enforceability through proper procedural choices*, 2012). Este sería el caso por ejemplo de un conflicto que nace de un contrato que haya realizado el fiduciario con un tercero en la ejecución del fideicomiso, dicho conflicto sería en relación directa con el contrato y no con el fideicomiso.

5 Cabe mencionar que si en la práctica mexicana no se ven cláusulas de arbitraje en los fideicomisos, no significa que no se puedan dar o que no vaya ser una práctica frecuente en el futuro. Además en otros países que conocen el fideicomiso sí se

Delimitado nuestra investigación al tema de la eficacia de la cláusula arbitral en los fideicomisos y *trusts*, falta establecer algunas precisiones sobre el método aplicable. El método que usaremos será comparado, donde el objeto de la comparación serán las figuras del fideicomiso y del *trust*⁶.

Siendo el objeto de nuestro estudio la eficacia de la cláusula compromisoria de un fideicomiso y de un *trust*, debemos comenzar por analizar los obstáculos a la eficacia de la cláusula arbitral (3) para posteriormente ver la eficacia de dichas cláusulas (4).

2. LOS OBSTÁCULOS A LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA INCLUIDA EN UN FIDEICOMISO-TRUST

El análisis de los obstáculos a la eficacia de la cláusula arbitral incluida en un fideicomiso difiere del análisis de los obstáculos en el *trust*. Por esta razón, veremos por separado cada tema. Primeramente veremos los obstáculos ocasionados en el derecho sobre los *trusts* para posteriormente ver los obstáculos a la eficacia de la cláusula arbitral inserta en el contrato de fideicomiso.

2.1. Los obstáculos a la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en el instrumento creador del *trust*

Las cláusulas arbitrales insertas en los documentos creadores del *trust* encuentran un obstáculo mayor. Este obstáculo consiste específicamente en la naturaleza del *trust*. El *trust* no es un contrato (SCOTT, 1917), sino es considerado como un acto unilateral; es decir, que su creación depende únicamente de la voluntad de una sola persona (el *settlor*).

Esto se infiere del hecho que ni la aceptación del *trustee*, ni la aceptación de los *cestuis que trusts* son necesarias para la creación del *trust* (MOWBRAY, TUCKER, LE POIDEVIN & SIMPSON, 2000, p. 69 y ss.). Si la

tiene la práctica de incluir cláusulas de arbitraje. De ahí la importancia de resolver la problemática al respecto.

6 Nuestro estudio se enfocará principalmente en bibliografía inglesa, americana y mexicana.

creación unilateral del *trust* es innata a la cultura jurídica anglo-sajona (BERAUDO & TIRARD, 2006, p. 129), no lo es para nosotros los juristas de sistemas civilistas, razón por la cual una breve explicación será necesaria.

La regla que rige la constitución de los *trusts* en Inglaterra fue establecida por TURNER J en el caso MILROY v LORD, el cuál estableció que *Con el fin de hacer una transmisión gratuita válida y eficaz, el settlor debe haber hecho todo lo que, según la naturaleza de los bienes transmitidos, sea necesario para que la propiedad sea transferida y hacer que dicha transmisión sea oponible a él. Él podría hacer esto por medio de una transmisión directa a las personas a quien quiere proveer, y la disposición será efectiva, será igualmente efectiva si transfiere la propiedad a un trustee, o si declara que él mismo detendrá la propiedad en trust* (MILROY v LORD (1862) 4 De GF & J 264, p. 275)⁷.

De este párrafo se deducen dos maneras de constituir un *trust*: (i) que el *settlor* se declare *trustee* respecto de ciertos bienes que le pertenecen; (ii) que el *settlor* transfiera bienes a un *trustee*⁸. Si bien la jurisprudencia anterior es inglesa, estas dos formas de constituir un *trust* existen también en el derecho americano (SCOTT A. W., 1960, p. 61 y ss.).

Respecto a la primera manera de crear un *trust*, no existe ninguna duda de la creación unilateral del *trust*, puesto como el *settlor* y el *trustee* son la misma persona no hay necesidad de una transmisión sino solamente cambia su estatus de un propietario absoluto a un *trustee*.

Respecto al segundo método, para los ojos de un civilista, la naturaleza unilateral se desvanece puesto que existen dos personas diferentes y por ende dos voluntades, por una parte la del *settlor* y por otra parte

7 "in order to render a voluntary settlement valid and effectual, the settlor must have done everything which, according to the nature of the property comprised in the settlement, was necessary to be done in order to transfer the property and render the settlement binding upon him. He may of course do this by actually transferring the property to the persons for whom he intends to provide, and the provision will then be effectual, and it will be equally effectual if he transfers the property to a trustee for the purposes of the settlement, or declares that he himself holds it in trust for those purposes" (traducción realizada por el autor).

8 La transmisión puede ser *inter vivos* o testamentaria.

la del *trustee*. Pero como veremos conforme al derecho inglés, la naturaleza unilateral del *trust* se mantiene intacta⁹.

En este modo de constitución del *trust*, la transferencia efectuada a favor del *trustee* es el hecho que constituye el *trust*. Es decir, que el *trust* se considerará efectivamente creada desde el momento en que la transmisión sea realizada. Por ende la naturaleza unilateral del *trust* depende del régimen del derecho de bienes, específicamente del régimen de transferencias, y no del régimen del *trust*.

Entonces si el *trust* puede ser constituido unilateralmente y esto depende de la transferencia hecha al *trustee*, podemos concluir que el derecho de bienes inglés permite que la transmisión del bien, como es el caso del derecho de propiedad, pueda ser realizada unilateralmente¹⁰; de hecho puede ser así (SMITH, 2003, p. 91 y 109).

Si la transmisión puede ser unilateral, y convertir al *trustee* en propietario de un bien determinado sin su consentimiento, eso no significa que no lo pueda rechazar, de lo contrario se atentaría a su libertad. Para que el *trust* pueda seguir siendo la creación unilateral del *settlor* es necesario que el rechazo del *trustee* no tenga como efecto la extinción del *trust*, puesto que de lo contrario estaríamos en realidad en frente de un acto bilateral.

Un efecto de la no aceptación del *trustee* es que los bienes regresan al *settlor* (MALLOW v WILSON [1903] 2 Ch 494); pero la transmisión de la propiedad al *trustee* tiene como efecto el otorgamiento de derechos a los *cestuis que trusts*. Estos derechos no pueden modificarse sin el consentimiento de los *cestuis que trusts*, por ende el rechazo del *trustee* no afecta a los *cestuis que trusts*; de hecho existe un principio que el *trust* no fallará por la ausencia de *trustee* (MOFFAT, BEAN & DEWAR, 2005, p.

9 Si bien no analizamos respecto a este punto el derecho americano, es menester reconocer la naturaleza unilateral del *trust* americano en este supuesto también. Podemos llegar a esta conclusión respecto al Derecho americano de la interpretación contrario *sensu* del artículo del Profesor LANGBEIN que expone una reinterpretación del *trust* como un contrato (LANGBEIN, *The contractarian basis of the law of trusts*, 1995).

10 Las transferencias hechas del *settlor* al *trustee* son analizadas como donaciones (HAYTON D. J., 1995, p. 129 y ss.).

147). Por lo que conlleva que si los bienes regresan al *settlor*, entonces este último será *trustee* hasta la designación de uno nuevo, por ende el *trust* sigue en pie a pesar del rechazo del *trustee* (HOLDSWORTH, 1965, p. 714).

De esta manera se confirma la naturaleza unilateral de la creación del *trust*, no solamente porque el *settlor* puede crear unilateralmente el *trust*, sino porque también el *trust* sobrevive al rechazo del *trustee*. Aunado a lo anterior, la aceptación del *cestui que trust* no es elemento de validez del *trust* ni en el derecho inglés ni en el derecho americano.

Ahora si el *trust* es un acto unilateral, esto conlleva entonces que la cláusula compromisoria inserta en el instrumento creador del *trust* también lo sea, siendo esto el gran obstáculo para que la cláusula arbitral sea eficaz, toda vez que el arbitraje es de naturaleza convencional (MURPHY, 2011, p. 639 y ss.).

Los cimientos del arbitraje es el acuerdo entre las partes a arbitrar el conflicto, de ahí que tiene que haber una oferta y una aceptación (KOCH, 2012, p. 188); es decir, que para que se pueda llevar a cabo un procedimiento arbitral, las partes al conflicto deben consentir en ese sentido (BOSQUES-HERNÁNDEZ, 2008, p. 9).

El consentimiento de las partes como condición necesaria a la solución de un litigio a través de un procedimiento arbitral se explica por dos razones. La primera es en relación al aspecto obligacional del arbitraje; el arbitraje impone obligaciones a las partes y puesto que a nadie se le puede obligar sin su consentimiento, un arbitraje es imposible sin el consentimiento de las partes al conflicto.

La segunda explicación la encontramos en el hecho de que el acceso a la justicia estatal es un derecho que tenemos todos y cada uno de nosotros; de ahí que como el sometimiento a un procedimiento arbitral implica a su vez la renuncia a un derecho existente (el acceso a la justicia estatal) es necesario el consentimiento de las partes que pretende someter su litigio a arbitraje (LOGSTROM, 2005, p. 267).

De lo anterior se infiere, en principio, la ineficacia de la cláusula arbitral puesto que falta el consentimiento de las partes. Sin embargo,

esta imposibilidad es sola en relación a los *cestuis que trusts*. Por una parte el *settlor* ya externó su voluntad al establecer la cláusula y por otra parte los *trustees* al aceptar su posición aceptan actuar conforme a los términos del *trust* y por ende aceptan la cláusula arbitral (STRONG, 2012, p. 1228). Así la problemática relacionada con la eficacia de la cláusula arbitral es solamente en relación a los *cestuis que trusts*.

Vimos en este apartado los obstáculos en el derecho del *trust*, pase-mos ahora al tema del contrato de fideicomiso.

1.2. Los obstáculos a la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en el contrato de fideicomiso

En los fideicomisos surge el mismo problema que surge en el derecho de los *trusts*; sin embargo la explicación de la problemática difiere. El fideicomiso es de naturaleza contractual, no sólo en México sino en la gran mayoría de los países de sistemas civilistas se regula la figura como contrato cuando es constituido por acto *inter vivos*¹¹.

Así por ejemplo, en el derecho mexicano dicha naturaleza se deduce principalmente de su artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Dicho precepto establece que *el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos*; como el fideicomiso es un acto traslativo *inter vivos* necesariamente tiene que ser un contrato.

Aunado a lo anterior la naturaleza contractual también se deduce de las derogaciones hechas por la reforma del 2003. Se suprimió el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que permitía la posibilidad de constituir un fideicomiso sin designar al fiduciario. Este precepto era uno de las bases de los unilateralistas, puesto que si no era necesario el fiduciario para constituir el fideicomiso, pues era más que lógico que el fideicomiso se constituía por la sola voluntad del fideicomitente. Así mismo se derogó el artículo 387 de la Ley General

¹¹ En Latinoamérica lo regulan así: Argentina, art. 1 de la Ley 24.441; Colombia, art. 1226 del Código de Comercio; Panamá art. 1° de la Ley 1/84; Venezuela, art. 3 de la Ley de Fideicomisos; en Europa: Francia, art. 2011 del Código Civil; Luxemburgo, art. 4 de la Ley del 27 de julio del 2003.

de Títulos y Operaciones de Crédito que preveía la posibilidad de constituir un fideicomiso por testamento, acto unilateral por excelencia.

Ahora, el fideicomiso es un contrato entre el fideicomitente y el fiduciario¹², donde por lo general se estipula a favor de los fideicomisarios sin que estos últimos participen al contrato. Pero a pesar de que los fideicomisarios no son parte al contrato de fideicomiso no podemos negar que ellos obtienen derechos del contrato de fideicomiso; de hecho ellos reciben sus derechos gracias a la noción de estipulación a favor de tercero (VILLAGORDOA LOZANO, 2003, p. 184 y ss.).

En conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes a un contrato pueden estipular a favor de terceros, lo cual otorga al tercero beneficiario el derecho de exigir al promitente la prestación a que se ha obligado¹³. Un ejemplo típico de una estipulación a favor de terceros es cuando una persona (estipulante) compra flores a una florería (promitente) y este último se obliga a entregarlas a otra persona (beneficiario).

Lo anterior es la fuente de los derechos de los fideicomisarios, ya que en el contrato de fideicomiso se adhiere una estipulación a favor de ellos, donde el fiduciario, como promitente, se obliga hacia el fideicomitente como estipulante, de usar en conformidad al convenio los bienes del fideicomiso en beneficio de los fideicomisarios¹⁴. Puesto que el fideicomiso tiene como objetivo y efecto la creación a favor del fideicomisario un derecho directo contra el fiduciario, estamos en presencia de una estipulación a favor de tercero.

Ahora su derecho es creado independientemente de su voluntad. Es decir, que los efectos de la aceptación, es únicamente la de confirmar

12 Aunque pueden participar los fideicomisarios esto no es necesario, y nos limitaremos al caso donde no hayan formado parte del contrato; de lo contrario ningún obstáculo existiría para la eficacia de la cláusula arbitral.

13 Así lo prevé el Código Civil Federal en sus artículos 1868 y ss.

14 Ahora, si el fideicomitente es el único beneficiario, la fuente es el contrato mismo, no habrá necesidad de hacer alusión a la estipulación a favor de tercero. De ahí que nuestro estudio se limita a los supuestos donde los fideicomisarios son terceros al contrato.

su derecho¹⁵; por ende el derecho del fideicomisario nace desde el momento en que se perfecciona el contrato.

Sin embargo, conforme al régimen de la estipulación a favor de terceros sólo se pueden otorgar derechos y no imponer obligaciones. En consecuencia, como el arbitraje tiene como efecto la imposición de obligaciones, el fideicomitente y el fiduciario no pueden imponer a los fideicomisarios una cláusula compromisoria sin su consentimiento.

Entonces en los supuestos que los fideicomisarios no hayan dado su consentimiento a la cláusula arbitral y exista un conflicto con ellos, nos encontraremos ante el mismo obstáculo que existe con los *cestuis que trusts* sobre la eficacia de dicha cláusula en el derecho aplicable a los *trusts*. De esta manera, si en un *trust* internacional un conflicto existiera con los *cestuis que trusts* y si en un fideicomiso internacional existiera un conflicto con los fideicomisarios, existirá en ambos casos el problema de la eficacia de la cláusula arbitral toda vez que ellos nunca dieron su consentimiento respecto a dicha cláusula.

Veamos ahora como este problema es resuelto por los autores y sistemas jurídicos de la *common law*, para ver simultáneamente la posible solución en los países civilistas que han adoptado la figura del fideicomiso.

3. LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA INCLUIDA EN UN FIDEICOMISO-TRUST

Al encontrarse en la práctica diversos instrumentos de *trusts* con la cláusula de arbitraje, los anglosajones han necesitado buscar argumentos para fundamentar la eficacia de dicha cláusula y buscar romper con el paradigma convencional del arbitraje. Primeramente veremos los fundamentos teóricos de la doctrina anglosajona, el cual buscaremos adecuar al caso del fideicomiso (3.1). En un segundo tiempo, estudiaremos las reformas realizadas en los sistemas romano-germánicos y de la *common law* que prevén la eficacia de las cláusulas de arbitraje (3.2).

¹⁵ Lo anterior es en conformidad con lo establecido en el artículo 1870 del Código Civil Federal.

3.1. Los fundamentos teóricos de la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en un fideicomiso-trust

Las teorías que los autores anglosajones proponen para justificar la eficacia de una cláusula arbitral inserta en el instrumento del *trust* son: *contract theory*-teoría contractual (3.1.1), *benefit theory*-teoría del beneficio (3.1.2) e *intent theory*-teoría de la intención (3.1.3).

3.1.1. La teoría contractual

Existen autores que exponen que la naturaleza del *trust* como acto unilateral es anacrónica y que en realidad se le debe de considerar al *trust* como un contrato (LANGBEIN, *The contractarian basis of the law of trusts*, 1995). De esta manera algunos doctrinistas son de la idea que si el *trust* es considerado por los tribunales como un contrato, por ende también la cláusula compromisoria tendría una naturaleza convencional y así sería eficaz.

La aplicación de esta teoría encuentra muchas dificultades, primero porque no se puede aplicar a todos los modos de constitución del *trust*, específicamente a aquél donde el *settlor* se autonombra *trustee* (MURPHY, 2011, p. 646). Además, modificar la naturaleza del *trust* a la de una convención implicaría un cambio al régimen tan grande que provocaría más problemas de los que resolvería.

Así mismo, modificar la naturaleza del *trust* a la de un contrato no asegura que la cláusula arbitral sea eficaz. De hecho, estaríamos en la misma situación que la del fideicomiso donde a pesar de ser un contrato, la cláusula arbitral es ineficaz ante los fideicomisarios porque éstos no son partes al contrato de fideicomiso y por ende no dieron su consentimiento respecto a dicha cláusula. Lo mismo ocurriría en el caso de los *cestuis que trusts*, porque el contrato del *trust* sería realizado entre el *settlor* y el *trustee*. Pasemos ahora a la teoría del beneficio.

3.1.2. La teoría del beneficio

Esta teoría también se le conoce como *deemed acceptance theory* (ROGERS, 2012, p. 268). La teoría se centra en los *cestuis que trusts*, espe-

cialmente en la aceptación de los beneficios previstos para ellos por el *settlor*.

La teoría del beneficio consiste en que la aceptación de los beneficios que derivan del *trust*, implica la aceptación de todas las obligaciones derivadas del *trust*, esto incluye por vía de consecuencia la obligación de arbitrar conforme a la cláusula arbitral (RAKHECHA, 2013, p. 177). Esto es así toda vez que la aceptación de los *cestuis que trusts* no puede ser parcial, no puede limitarse únicamente a los beneficios (BOSQUES-HERNÁNDEZ, 2008, p. 12).

Esta teoría se encuentra reflejada en la cláusula modelo de la *International Chamber of Commerce* que establece la eficacia de la cláusula compromisoria como condición para obtener los beneficios del *trust*; así los *cestuis que trusts* al aceptar los beneficios del *trust* se les considerarán como haber aceptado de resolver todo conflicto mediante arbitraje (KOCH, 2012, p. 199 y ss.).

Esta teoría puede ser utilizada para fundamentar también la eficacia de la cláusula establecida en un contrato de fideicomiso, toda vez que al momento en que se entregarán a los fideicomisarios los beneficios éstos deberán de aceptarlos o rechazarlos y si lo aceptasen esto implicaría la aceptación de la cláusula arbitral.

Sin embargo esta teoría tiene limitantes; al basarse en la aceptación de los fideicomisarios-*cestuis que trusts* de los beneficios del fideicomiso-*trust* no sería arbitrable cualquier conflicto que surja antes de dicha aceptación (MURPHY, 2011, p. 649). Así por ejemplo, si los fideicomisarios-*cestuis que trusts* contestan la validez del fideicomiso-*trust*, ellos podrán acudir a los tribunales estatales. Veamos ahora la teoría de la intención.

3.1.3. La teoría de la intención

Si la teoría del beneficio se concentra en los *cestuis que trusts*, específicamente en la aceptación de los beneficios del *trust*, la teoría de la intención se enfoca particularmente en la intención del *settlor* (MURPHY, 2011, p. 652). Entonces si la intención del *settlor* es que los conflictos

se resuelvan mediante arbitraje y esta intención se manifiesta de manera clara, entonces la cláusula compromisoria debe ser eficaz. Esto es así toda vez que el objetivo del *trust* es la de implementar la intención del *settlor* (BOSQUES-HERNÁNDEZ, 2008, p. 11).

La justificación a esta teoría se encuentra en el rol primordial que juega la intención del *settlor* en el derecho del *trust* (MURPHY, 2011, p. 653). Esta preponderancia de la intención del *settlor* a su vez encuentra su fundamento, en que el *trust* es analizado como una donación (HAYTON D. J., 1995, p. 129 y ss.); por ende si el *settlor* transfiere gratuitamente sus bienes, por lo menos dicha transferencia debe realizarse conforme a las condiciones establecidas por el *settlor* (JANIN, 1967, p. 525).

Esta teoría también podría ser fundamento para la eficacia de una cláusula arbitral establecida en un fideicomiso cuando los fideicomisarios reciben los beneficios a título gratuito. Esto es así toda vez que cuando una persona decide transferir la propiedad a otra, esta puede realizarlo de la manera que más le conviene a sus intereses. En consecuencia, si el fideicomitente considera conveniente que la transferencia vaya acompañada de una cláusula arbitral este debe poder hacerlo y dicha cláusula sería eficaz porque la arbitrabilidad de los conflictos fue un motivo determinante de la transferencia.

El problema con esta teoría es que la preponderancia dada a la intención del fideicomitente-*settlor* se centra en la intención liberal de éste, sin embargo esta intención liberal es inexistente en los fideicomisos-*trusts* de naturaleza comercial. De hecho, en este tipo de fideicomisos-*trusts*, el fideicomitente-*settlor* recibirá generalmente algún beneficio económico de la creación del fideicomiso-*trust* y este beneficio será otorgado por lo general por los fideicomisarios-*cestuis que trusts*.

De esta manera, la intención de los fideicomitentes-*settlers* no se puede imponer a la de los fideicomisarios-*cestuis que trusts*. En otras palabras, en los fideicomisos-*trusts* de naturaleza comercial la intención del fideicomitente-*settlor* no puede tener el mismo peso que en los no comerciales.

Aun en los fideicomisos-*trusts* no comerciales, consideramos que la intención del fideicomitente-*settlor* es insuficiente para obligar a los

fideicomisarios-*cestuis que trusts* a acudir a un procedimiento arbitral. Esto es así porque el consentimiento de los fideicomisarios-*cestuis que trusts* es necesario para que se le impongan obligaciones y para que renuncien a sus derechos de acceso a la justicia estatal.

En virtud de las deficiencias teóricas para fundamentar la eficacia de la cláusula arbitral, algunas Estados han realizado reformas para evitar que los tribunales tengan que considerar como ineficaces las cláusulas compromisorias tan deseadas, respetando así la voluntad de los fideicomitentes-*settlers* quienes establecieron una cláusula arbitral. De hecho un autor es de la idea que la obligatoriedad de las cláusulas de arbitraje dentro de un *trust* sólo será posible si así lo prevé la ley (MURPHY, 2011, p. 662).

3.2. Las reformas legislativas que prevén la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en un fideicomiso-trust

Los legisladores de países de ambas familias de derecho han previsto la eficacia de una cláusula arbitral; pasemos primero a las reformas de la familia de la *common law* (3.2.1) para posteriormente ver las legislaciones de los sistemas romano-germánicos (3.2.2).

3.2.1. Las reformas legislativas en los Estados de la familia de la common law

El primer intento legislativo en Estados Unidos de América que preveía eficacia de cláusulas de arbitraje establecidas en testamentos y en *trusts* fue la iniciativa denominada *Probate Mediation and Choice Act* del estado de Hawai en el 2005. Dicho intento fracasó pero dejó el precedente y en el 2007 hubo una reforma en el Estado de Florida (3.2.1.1) y en el 2008 le siguió el Estado de Arizona (3.2.1.2)¹⁶.

¹⁶ Existen otros países de la familia de la *common law* que también sus legislaciones prevén la eficacia de cláusulas arbitrales insertas en el instrumento creador del *trust*; este es el caso de Guernsey y Bahamas (VON SEGESSER, 2014, p. 47 y ss.), pero por cuestión de espacio solo mencionaremos las de los Estados Unidos de América.

3.2.1.1. Las reformas del Estado de Florida

El Estado de Florida fue la primera entidad federativa en reformar a favor de la eficacia de una cláusula compromisoria establecida en un instrumento de *trust* o en un testamento. La iniciativa fue redactada por la comisión *Real Property, Probate and Trust Law* de la barra de abogados de Florida; dicha iniciativa fue inspirada en la Ley Modelo redactada por *American College of Trusts and Estates Counsel* (MURPHY, 2011, p. 665).

El § 731.401 del *Florida Statutes* establece lo siguiente: *Una disposición en un testamento o trust que requiera el arbitraje de los conflictos, a excepción de las controversias sobre la validez de la totalidad o de una parte del testamento o trust, entre los beneficiarios o entre éstos y el fiduciario bajo el testamento o trust, o cualquier combinación de dichas personas o entidades, será eficaz*¹⁷.

De lo anterior se infieren dos cosas: primero, que será eficaz una cláusula arbitral establecida en un *trust*; segundo, que quedan excluidos de la cláusula arbitral los conflictos relacionados con la validez del *trust*, es decir cuando los *cestuis que trusts* quieren que se anule el *trust*.

Una cuestión interesante de la reforma legislativa en cuestión es que el inciso 2 del §731.401 del *Florida Statutes* prevé que la cláusula arbitral inserta en un *trust* será tratada como si fuera de naturaleza convencional cuando se aplicara el régimen de arbitraje previsto en el capítulo 682 del *Florida Statutes*. Esto se comprende toda vez que dicho régimen está redactado en el sentido de que el arbitraje es de naturaleza convencional, por ende para que no haya contradicción entre la naturaleza unilateral del *trust* y la naturaleza convencional del arbitraje, el legislador tuvo que establecer una ficción jurídica: considerar que la naturaleza de la cláusula arbitral establecida en un *trust* es la de una convención. Pasemos a estudiar las reformas del Estado de Arizona.

17 *A provision in a will or trust requiring the arbitration of disputes, other than disputes of the validity of all or a part of a will or trust, between or among the beneficiaries and a fiduciary under the will or trust, or any combination of such persons or entities, is enforceable* (traducción realizada por el autor).

2.2.1.2 Las reformas del Estado de Arizona

La reforma del Estado de Arizona tuvo lugar para revocar jurisprudencias que consideraban ineficaces las cláusulas de arbitraje incluidas en los instrumentos de *trusts* (MURPHY, 2011, p. 666). De hecho en un caso, un tribunal de Arizona estableció que como el *trust* no era de naturaleza contractual, la cláusula compromisoria no era eficaz (SHONEBERGER V OELZE 96 P.3d 1078 (Ct. App. Ariz. 2004)).

La sección 14-10205 de *Arizona Revised Statutes* establece: *un instrumento de trust podrá establecer procedimientos obligatorios, exclusivos y razonables para resolver los problemas entre el trustee y las personas interesadas o entre las personas interesadas en lo que respecta a la administración o distribución del trust*¹⁸.

Por procedimientos obligatorios, exclusivos y razonables debemos comprender cualquier método alternativo de solución de controversia y por vía de consecuencia el arbitraje. De ahí que la cláusula de arbitraje establecida en el instrumento del *trust* por el *settlor* será eficaz (MURPHY, 2011, p. 667).

Aunado a lo anterior debemos llegar a la misma conclusión que llegamos respecto a la ley de Florida, en el sentido de que las controversias sobre la validez del *trust* no pueden ser objeto de la cláusula arbitral toda vez que la ley limita la arbitrabilidad en lo que respecta a la administración o distribución del *trust*. De la interpretación de lo anterior quedan fuera los conflictos relacionados con la validez del *trust*.

No sólo algunas Estados de la *common law* han previsto en sus legislaciones la eficacia de una cláusula arbitral, también algunos pertenecientes a la familia romano-germánica lo han previsto así.

18 "A trust instrument may provide mandatory, exclusive and reasonable procedures to resolve issues between the trustee and interested persons or among interested persons with regard to the administration or distribution of the trust" (traducción realizada por el autor).

3.2.2. Las reformas legislativas en los Estados de la familia romano-germánica

Respecto a los Estados de la familia romano-germánica tenemos por una parte a Panamá y por otra parte tenemos a Paraguay. En Panamá, el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley 1 de 1984 establece: *Podrá establecerse en el instrumento de fideicomiso que cualquier controversia que surja del fideicomiso será resuelto por árbitros o arbitradores, así como el procedimiento a que ellos deban sujetarse.*

En sentidos similares tenemos el artículo 44 de la Ley paraguaya 921 intitulada de Negocios Fiduciarios. Dicho precepto establece que: *En el acto constitutivo podrá estipularse que los conflictos surgidos entre el fideicomitente y el fiduciario o el beneficiario, según el caso, por razón de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación del negocio fiduciario se sometan a la decisión de árbitros.*

Del precepto del Derecho panameño se infiere la posibilidad que se incluya en el contrato de fideicomiso una cláusula compromisoria, así como el respectivo procedimiento. Ahora respecto al artículo paraguayo no solamente se hace mención de la posibilidad de establecer una cláusula de arbitraje sino además se hace mención que dicha cláusula surtirá efectos ante conflicto surgidos con los fideicomisarios.

Puesto que el precepto panameño y la disposición paraguaya no excluyen los conflictos de validez de fideicomisos, este tipo de conflicto será objeto de un procedimiento de arbitraje en caso de existir una cláusula compromisoria en el contrato de fideicomiso.

De esta manera en ambas países, las cláusulas de arbitraje surtirán efectos y los fideicomisarios deberán someter sus conflictos a arbitraje a pesar de no haber dado su consentimiento en ese sentido.

4. CONCLUSIÓN

Viendo las ventajas del arbitraje, no sólo en la esfera nacional sino también en la esfera internacional, no es de sorprenderse que se estipulen o se quieran estipular cláusulas compromisorias en el contrato de fideicomiso o en el instrumento del *trust*. Aunado a lo anterior en las

relaciones comerciales, el arbitraje es el método preferible de los actores económicos para solucionar controversias. De ahí que se empezarán a ver cada vez más cláusulas de arbitraje en los fideicomisos y en los *trusts*, sobre todo en aquellos de naturaleza comercial y máxime si son internacionales.

Sin embargo, cuando un conflicto surge entre o con los fideicomisarios-*cestuis que trusts*, las cláusulas arbitrales no son en principio eficaces en virtud de la naturaleza unilateral del *trust* y del hecho de que los fideicomisarios no forman parte del contrato de fideicomiso. Toda vez que esto contraría la naturaleza convencional del arbitraje donde se requiere el consentimiento de las partes al procedimiento arbitral.

Para contrarrestar lo anterior, los doctrinarios anglo-sajones han creado teorías para fundamentar la eficacia de las cláusulas de arbitrajes establecidas en los instrumentos creadores de *trusts* (el cual algunas de ellas pueden adaptarse al derecho aplicable a los fideicomisos); sin embargo, dichas teorías parecen ser insuficientes. De ahí la necesidad de realizar reformas que prevean la eficacia de las cláusulas compromisorias.

Estas reformas si bien hasta el momento son pocas, son apenas el inicio de un movimiento que permitirá la eficacia de las cláusulas arbitrales incluidas en un fideicomiso y en un *trust*. Dichas reformas son el inicio del rompimiento del paradigma convencional del arbitraje.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BERAUDO, J.P., & TIRARD, J.M. (2006). *Les trusts anglos-saxons et les pays de droits civil*. Genève: Academy & Finance SA.
- BOSQUES-HERNÁNDEZ, G. J. (2008). Arbitration clauses in trusts. *InDret*, 3, 2.
- CORBETT, J. (2012). *Jurisdiction and cross border issues*. En S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. MORVEN, & A. MEEK (Edits.), *International trust disputes* (p. 5). Oxford: Oxford Unievrsity Press.
- GRAZIADEI, M., MATTEI, U., & SMITH, L. (Edits.). (2005). *Commercial trusts in European private law*. Cambridge University Press.

- HAYTON, D. (Ed.). (2011). *The International trust* (3 ed.). Bristol: Jordan.
- HAYTON, D. J. (1995). *Underhill and HAYTON Law relating to trusts and trustees* (15 ed.). London: Buttersworth.
- HOLDSWORTH, W. (1965). *A history of English law, Vol. XV*, Metheun.
- JANIN, B. C. (1967). The validity of arbitration provisions in trust instruments. *California Law Review*, 55, 521.
- KOCH, P. (2012). A tale of two cities! arbitrating trust disputes and the ICC's arbitration clause for trust disputes. *Yearbook on International Arbitration*, 2, 179.
- LANGBEIN, J. H. (1995). The contractarian basis of the law of trusts. *Yale Law Journal*, 105, 625.
- LANGBEIN, J. H. (1999). The secret life of the trust: the trust as an instrument of commerce. En D. HAYTON (Ed.), *Modern international developments in trust law* (p. 169). London: Kluwer Law International.
- LOGSTROM, B. A. (2005). Arbitration in estate and trust disputes: freind or foe? *ACTEC Journal*, 30, 266.
- MALLOT V WILSON [1903] 2 Ch 494.
- MILROY V LORD (1862) 4 De GF & J 264.
- MOFFAT, G., BEAN, G., & DEWAR, J. (2005). *Trust law, text and materials* (4 ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- MOWBRAY, J., TUCKER, L., LE POIDEVIN, N., & SIMPSON, E. (2000). *Lewin on trust* (17 ed.). London: Sweet & Maxwell.
- MURPHY, S. W. (2011). Enforceable arbitration clauses in wills and trusts: a critique. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 26, 627.
- RAKHECHA, S. (November de 2013). The curious case of arbitration of trust disputes. *Indian Journal of Arbitration Law*, II(2), 165.

- ROGERS, B. A. (2012). Alternative dispute resolution. En S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. McMILLAN, & A. MEEK (Edits.), *International trust disputes* (p. 267). Oxford: Oxford University Press.
- SCOTT, A. W. (1917). The nature of the rights of the cestui que trust. *Columbia Law Review*, 17, 269.
- SCOTT, A. W. (1960). *Abridgement of the law of trusts*. Boston: Little, Brown and Company.
- SHONEBERGER V OELZE 96 P.3d 1078 (Ct. App. Ariz. 2004).
- SMITH, R. J. (2003). *Property Law*. Longman.
- STRONG, S. (2012). Arbitration of trust disputes: two bodies of law collide. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 45, 1157.
- STRONG, S. (2012). Mandatory arbitration of internal trust disputes: improving arbitrability and enforceability through proper procedural choices. *Arbitration International*, 28, 591.
- THOMAS, G., & HUDSON, A. (2010). *The law of trusts* (2 ed.). Oxford: Oxford University Press.
- VILLAGORDOA LOZANO, J. M. (2003). *Doctrina general del fideicomiso* (4 ed.). Cd. de México: Porrúa.
- VON SEGESSER, G. (February/March de 2014). A step forward: adressing real and perceived obstacles to the arbitration of trust disputes. *Trust & Trustees*, 20(1-2), 37.
- ZEPEDA, J. A. (1983). *Fideicomiso y arbitraje*. En *Panorama del arbitraje comercial internacional* (p. 373). Cd. de México: Electrocomp.

USO DE LA MEDIACIÓN EN SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MERCADO DE ARRENDAMIENTO

ERIC DURAND DE SANJUAN¹

Universidad Autónoma de Nuevo León

KARLA EUGENIA RODRÍGUEZ BURGOS²

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. En el presente capítulo se analizan las implicaciones económicas que tienen la renta de bienes inmuebles, lo que genera a su vez mayores conflictos de arrendamiento generados a partir de las tendencias internacionales de porcentaje de alza en el alquiler de viviendas. Es así que se presentan costos que implican los juicios de arrendamiento, así como los beneficios que conlleva la implementación de la mediación en los conflictos de arrendamiento. Por tanto, podemos encontrar en esta investigación algunos conceptos jurídicos referentes al arrendamiento, sus consecuencias jurídicas, los riesgos que genera y el área de oportunidad existente en la implementación de la mediación para resolver conflictos en el mercado de arrendamiento.

Palabras clave. Juicios de Arrendamiento, Conflictos de Arrendamiento, Mediación, Mercado de Arrendamiento.

Keywords. *Lease litigation, Lease Disputes, Mediation, Lease Market.*

- 1 Alumno del Programa Doctoral de Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, cuenta con estudios de Maestría en Derecho con Orientación en Derecho de Amparo y es Licenciado en Derecho. Contacto: erick.durand@hotmail.com.
- 2 Doctora en Filosofía con Acentuación en Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Nuevo León (2010), siendo profesora titular e investigadora de tiempo completo en la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública de la UANL, contando con perfil PRODEP y miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Colabora como profesor de Seminario de Investigación cuantitativa y manejo de resultados en el Doctorado de Métodos Alternos de Solución de Conflictos, UANL, el cual pertenece al PNPC. Sus líneas de investigación son democracia, participación ciudadana y metodología aplicada. Contacto: karoburgos@yahoo.com.mx.

Sumario. 1. El mercado de arrendamiento; 1.1 Características de los contratos y conflictos de arrendamiento; 1.2. El arrendamiento como inversión de capital; 1.2.1. El conflicto como principal riesgo de inversión; 1.3. El costo de un proceso judicial; 1.3.1. Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea; 1.3.2. Ley de Aranceles y Honorarios Profesionales 21.839 en Argentina; 1.3.3. Código Federal de Procedimientos Civiles en México; 1.4. Duración de un proceso judicial como pérdida de capital; 2. La mediación como instrumento para disminuir el riesgo; 2.1. Beneficios económicos de la mediación y la reducción del costo de un procedimiento judicial; 2.1.1. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; 2.1.2. Reglamentación de la Ley Argentina 26,589. 2.1.3. Costos de la mediación en México. 2.2. Reducción del plazo de resolución definitiva; 3. Viabilidad jurídica para implementar la mediación; 3.1 Contexto de la mediación en México; 3.1.1. Impacto de los MASC en el sistema judicial; 3.2. Contexto de la mediación en España; 3.2.1 Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; 3.2.2. Real Decreto 5/2012; 3.2.3. Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

1. EL MERCADO DE ARRENDAMIENTO

Las ciudades crecen a un ritmo acelerado y los espacios disponibles para establecer una vivienda cada vez son menores. Habitar un inmueble cerca de las ciudades resulta costoso en virtud de la escasez de oferta y los altos precios. Gracias a esta escasez el arrendamiento inmobiliario ha proliferado en las ciudades capitalistas.

Quienes optan por arrendar un lugar para vivir son aquellos que no desean adquirir compromisos de largo plazo, entre los que se encuentran los jóvenes, estudiantes, residentes temporales en un lugar, personas que se divorcian y parejas que ya no viven con sus hijos y consideran sus hogares demasiado grandes o caros de mantener.

Existen factores económicos, sociales y culturales que hacen que en algunos países como España, Italia y México se tenga una tendencia de los jóvenes por vivir con los padres hasta que sea el momento de casarse, en comparación con países como Estados Unidos e Inglaterra,

en donde los jóvenes deciden dejar sus hogares a partir de que entran en la Universidad.

El arrendamiento permite que las familias tengan mayor movilidad hacia otras ciudades, acercarse al lugar de trabajo, evitando altos costos de transacción, el pago de impuestos de propiedad, costos de mantenimiento de la vivienda y el tener una deuda a largo plazo. Esto tiene una relación directa con variables económicas como el empleo, las tasas impositivas y las regulaciones laborales.

De acuerdo a datos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) indican que a nivel internacional el alquiler por regiones se encuentran en 16.99% en África, 19% en Asia, 13.77% en Europa del Este, 29.25% en Europa, 20.91% en América Latina y el Caribe, 33.26% en Estados Unidos y Canadá, así como el 19.08% en Oceanía. (BLANCO, 2014).

Sin embargo, en las ciudades y áreas metropolitanas en donde se concentra una mayor población, hay una clara tendencia a incrementar el arrendamiento de propiedades, debido a los altos costos que implica el traslado diario del lugar que se habita al trabajo. Por tanto, se sugiere que a mayor tasa de población urbana en un país, hay una tendencia a disminuir la tasa de propiedad, sugiriendo que además que el traslado también se debe a los altos costos de las propiedades céntricas de las ciudades (BLANCO, 2014).

1.1. Características de los contratos y conflictos de arrendamiento

El arrendamiento se lleva a cabo mediante la firma de un contrato en el cual dos partes se obligan recíprocamente. Una se obliga a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto. Se trata de dos partes perfectamente definidas, una denominada arrendador, quien concede el uso de la cosa, y otra denominada arrendatario, quien tiene la obligación de pagar un precio cierto.

El contrato de arrendamiento es el instrumento legal para regular esta relación económica con cierto trasfondo social. Esto es, el objeto principal de un arrendamiento es llevar a cabo una transacción comercial donde se genera una utilidad al arrendador. Sin embargo, esta relación

contractual tiene también un impacto social importante en la vida de una gran cantidad de personas.

Esto es así, porque los conflictos derivados de un arrendamiento tienen consecuencias que pueden ser vistas desde dos perspectivas, una social y la otra económica. A decir del jurista Cipriano GÓMEZ (2011), el juicio de arrendamiento es un juicio que puede llegar a ser verdaderamente trágico porque implica que se expulse a familias miserables de una vivienda y se les ponga en la calle.

Por otro lado, uno de los principales riesgos para una persona que decide arrendar un inmueble es que no se le pague el precio pactado. El incumplimiento en el pago por parte del arrendatario tiene efectos económicos negativos para el arrendador. Este último, deja de percibir las ganancias de la renta de su inmueble, y en casos como el de México, no recupera la posesión legal de su inmueble hasta el momento que un Juez lo determine.

Es por ello que, la interpretación de las normas que regulan los conflictos de arrendamiento deben conducirnos a una reflexión de carácter sociológico y apuntar a humanizar las relaciones jurídicas, estableciendo un régimen regulatorio de la voluntad de las partes, que posibilite el libre juego de sus intereses dentro de un marco de deseable equilibrio prestacional (MARÍN, 2007).

1.2. El arrendamiento como inversión de capital

Existe en los países de América Latina un predominio de propietarios, a saber: aproximadamente dos de cada tres viviendas están ocupadas en régimen de propiedad, cifra que, comparada con los países de Europa puede considerarse alta (TEJADA & VIDAURRE, 2007). Sin embargo, en otros lugares del mundo frente a la escasez de ofertas residenciales para la venta, los arrendatarios deciden estratégicamente prolongar su estadía en el mercado de arrendamiento, aun si esta decisión significa incurrir en un elevado gasto en el alquiler (PARIAS, 2008).

En América Latina existe una tendencia a la compra de bienes inmuebles, lo cual puede ser atribuido a la volátil economía en algunos de los

países, por ejemplo, en la década de los años ochenta, Bolivia enfrentó una hiperinflación devastadora que alcanzó la cifra de 8.000% anual. Este hecho condujo rápidamente a los agentes en repensar las formas de mantener su riqueza (TEJADA & VIDAURRE, 2007).

Otro de los casos relevantes es el de la crisis económica mexicana de 1994, misma que comenzó con la devaluación del peso mexicano el veinte de diciembre del mismo año. Este hecho inesperado tuvo lugar en un marco de régimen de tipo de cambio fijo, la baja inflación, superávit fiscal, y grandes reservas de divisas (WATKINS, VAN DIJK, & SPRONK, 2006). Se caracterizó por un rápido revés a la situación económica mexicana, con resultados muy negativos en términos de inversión y generación de riquezas.

El resultado fue un cambio hacia un régimen de tipo de cambio flotante, la devaluación de más del 100%, una inflación de alrededor del 50%, y recesión. Durante 1995 el PIB real se redujo un 10%, las tasas de interés aumentó considerablemente con el fin de evitar una mayor devaluación, y el crédito se redujo (WATKINS, VAN DIJK, & SPRONK, 2006). Sin embargo, uno de los principales efectos de esta devaluación fue la incertidumbre que generó en la percepción de la moneda de curso legal, por lo que los inversionistas tuvieron la necesidad de encontrar inversiones más seguras.

Por su parte, en Argentina se presentaron en forma combinada una crisis financiera y una crisis típica de deuda externa como la experimentada en los años ochenta. Mientras que el detonante de la crisis de la deuda, o de primera generación, fue el deterioro de los términos de intercambio, es decir, una especie de volatilidad comercial, la crisis financiera obedeció al desequilibrio entre el ahorro y la inversión, es decir, a la volatilidad de los capitales (BLANCO, 2002)

TEJADA y VIDAURRE (2007) atribuyen el gran interés en la compra de bienes inmuebles en América Latina gracias a su característica de inversión, y que por sobre todo, mantienen su valor en períodos de inflación. Actualmente, se considera una inversión relativamente segura porque ante una crisis económica un inmueble generalmente mantiene su valor

original, además de que, ser propietario de un bien inmueble nos da la posibilidad de arrendarlo con el objeto de obtener mayor utilidad.

En este sentido, los arrendadores conciben la propiedad de la vivienda no sólo como un bien para satisfacer una necesidad, es también un motivo de inversión en el espacio y constituye una fuente de ingreso que complementa los precarios e inestables recursos familiares (PA-RIAS, 2008). Se trata de una inversión realizada por el arrendador con el objeto de mantener el valor de sus activos y generar alguna utilidad adicional.

Por tanto, en su aspecto económico el arrendamiento es considerado una inversión de capital. El propietario de un bien inmueble obtiene réditos por la plusvalía de bien arrendado, así como por la renta que es pagada por el arrendatario. Por tanto, si la relación contractual de arrendamiento se lleva a cabo sin problema alguno podría ser considerada una buena inversión.

1.2.1. El conflicto como principal riesgo de inversión

Ahora bien, toda inversión conlleva alguna clase de riesgo, y el arrendamiento no es la excepción. El principal riesgo en una inversión de arrendamiento es que no sea pagado el precio cierto en la forma y términos pactados por las partes. En ese momento, para el arrendador, el arrendamiento pasa a ser una pérdida de capital durante el lapso que no se solucione el conflicto de arrendamiento.

Consideramos que existen dos principales variables económicas que deben ser consideradas en un conflicto de arrendamiento. Por un lado, el costo de entablar un proceso judicial, donde se incluyen los honorarios de abogados. Y por otro, el tiempo de duración del juicio como una pérdida de capital, porque además de no obtener el pago de la renta pactada en el tiempo convenido, el bien inmueble puede encontrarse ocupado hasta la orden judicial de desalojo.

1.3. El costo de un proceso judicial

Los honorarios de un abogado son variados y difíciles de calcular. En algunos sistemas legales no se encuentran regulados de manera exacta y se establecen convencionalmente aunque con ciertos parámetros, y en otros sistemas la regulación es exhaustiva, aunque también admite cierta interpretación legal. A continuación se presentan algunas de las reglas y legislaciones utilizadas para determinar el monto de honorarios, que son:

1.3.1. Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea

Este código determina como deben ejercer los abogados en la Unión Europea. En referencia a los honorarios establece que el abogado no estará autorizado a realizar un pacto de *cuota litis*. Entendido éste como un acuerdo entre el abogado y su cliente antes de la conclusión definitiva de un asunto en el que el cliente se compromete a pagar al abogado una parte del resultado, sea éste una cantidad de dinero o cualquier otro beneficio que consiga el cliente a raíz de la conclusión del asunto.

Además, establece que no se considerará pacto de *cuota litis* el acuerdo que prevea la determinación de los honorarios en función del resultado del asunto del que se ocupa el abogado, siempre que dicho valor se fije de conformidad a una tarifa oficial de honorarios o si es aprobado o admitido por una autoridad competente que tenga jurisdicción sobre el abogado.

Por último, esta normativa establece que un abogado deberá informar a su cliente de lo que solicita en concepto de honorarios y el importe de los mismos deberá ser justo y razonable. Los honorarios establecidos por un abogado deberán someterse a la regulación que determinen las normas aplicables a los miembros del Colegio de Abogados al que pertenece, a excepción de aquellos casos en que exista legalmente un acuerdo en sentido contrario entre el abogado y su cliente.

1.3.2. Ley de Aranceles y Honorarios Profesionales 21.839 en Argentina.

La Ley de Aranceles y Honorarios Profesionales 21.839, en referencia particular a los honorarios de abogados y procuradores establece que los profesionales podrán pactar con sus clientes que los honorarios por su actividad en uno o más asuntos o procesos consistirán en participar en el resultado de éstos. En esos casos, los honorarios del abogado y del procurador, en conjunto y por todo concepto, no podrán exceder del cuarenta por ciento del resultado económico obtenido, sin perjuicio del derecho de los profesionales a percibir los honorarios que se declaren a cargo de la parte contraria.

Además, para fijar el monto del honorario, se tendrán en cuenta las siguientes pautas, sin perjuicio de otras que se adecuren mejor a las circunstancias particulares de los asuntos o procesos: *a)* el monto del asunto o proceso, si fuere susceptible de apreciación pecuniaria; *b)* la naturaleza y complejidad del asunto o proceso; *c)* el resultado que se hubiere obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada en el juicio por el vencido; *d)* el mérito de la labor profesional apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo; *e)* la actuación profesional con respecto a la aplicación del principio de celeridad procesal; *f)* la trascendencia jurídica, moral y económica que tuviere el asunto o proceso para casos futuros, para el cliente y para la situación económica de las partes.

1.3.3. Código Federal de Procedimientos Civiles en México.

En México, el artículo 617 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que, cada parte asumirá sus gastos y costas derivados de la acción colectiva, así como los respectivos honorarios de sus representantes. Además, que los honorarios del representante legal y del representante común, que convengan con sus representados, quedarán sujetos al siguiente arancel máximo:

<i>Monto de suerte principal</i>	<i>Porcentaje de honorarios</i>
No excede 200 mil veces salario mínimo D.F.	20%-veinte por ciento
Excede 200 mil pero menor a 2 millones de veces el salario mínimo.	20%-veinte por ciento sobre 200 mil 10%-diez por ciento sobre excedente
Excede 2 millones de veces el salario mínimo	11%-once por ciento sobre los primeros dos millones y hasta el 3% sobre el excedente

Fuente: Código Federal de Procedimientos Civiles

Esto es, serán de hasta el veinte por ciento, si el monto líquido de la suerte principal no excede de doscientos mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal; Si el monto líquido de la suerte principal excede doscientos mil pero es menor a dos millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el veinte por ciento sobre los primeros doscientos mil y de hasta el diez por ciento sobre el excedente, y, si el monto líquido de la suerte principal excede a dos millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el once por ciento sobre los primeros dos millones, y hasta el tres por ciento sobre el excedente.

Por último, establece que si las partes llegaren a un acuerdo para poner fin al juicio antes de la sentencia, los gastos y costos deberán estar contemplados como parte de las negociaciones del convenio de transacción judicial. En cualquier caso, los honorarios del representante legal y del representante común que pacten con sus representados deberán ajustarse al arancel máximo previsto en este artículo.

1.4. Duración de un proceso judicial como pérdida de capital

Otro aspecto a considerar en un conflicto de arrendamiento es el tiempo. Mientras subsista el conflicto de arrendamiento subsistirá también una pérdida económica del arrendador, ya sea porque no percibe la renta pactada, porque no tiene la posesión de su inmueble, o ambas. Por tanto, el objetivo principal del arrendatario debe ser terminar con su conflicto en el menor plazo posible.

Sin embargo, el arrendatario se encuentra imposibilitado a buscar la justicia por su propia mano en virtud de la prohibición de la autotutela. Debe acceder a la justicia por medio de los tribunales previamente establecidos, y es entonces, el libre acceso a la justicia la vía idónea para solucionar un conflicto de arrendamiento. Por lo que, la efectividad del procedimiento judicial para dar por terminado un conflicto de arrendamiento determinará las pérdidas económicas del arrendador.

Ahora bien, todo procedimiento judicial requiere una inversión considerable de tiempo para llevarse a cabo. El acceso a la justicia es un derecho del gobernado en una sociedad democrática, y por ende, un servicio público prestado por el Estado a través de sus administradores de justicia. Sin embargo, la disponibilidad de este servicio público es limitada y se ve condicionada a largos términos judiciales y a la complejidad de los conflictos jurídicos.

La duración de un procedimiento judicial se ve condicionada a la carga laboral de los Tribunales. Si bien se encuentran expeditos para dar solución a los conflictos de los ciudadanos, su efectividad en el tiempo de resolución de conflictos se ve mermada por la gran cantidad de conflictos sometidos a su jurisdicción diariamente. Por ello, la resolución judicial de los conflictos requiere de una gran inversión de tiempo y asesoría jurídica para obtener rápidos resultados.

En España se ha multiplicado por cuatro el número de juzgados, se modernizan las leyes, se quintuplica el número de jueces (en los treinta últimos años), y el sistema judicial sigue sin funcionar (ORTUÑO, 2013). El largo tiempo requerido para llevar a cabo un procedimiento judicial parece no depender de la cantidad de juzgadores, sino del método empleado. Sin embargo, eso no descarta el hecho de que en un conflicto de arrendamiento la duración del proceso judicial se traduce en pérdidas económicas, por lo menos, para el arrendador.

2. LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA DISMINUIR EL RIESGO

El intenso ritmo de los cambios que acontecen en nuestras sociedades complejas en el naciente tercer milenio, está dando lugar a profundas transformaciones en el modelo de sociedad, en la que aparecen nuevas

configuraciones institucionales y políticas en la reorganización de la Sociedad Bienestar (PASTOR, 2013). Dentro de este panorama, aparece la mediación como método para solucionar conflictos de arrendamiento, una forma alternativa de dar solución al conflicto de manera más rápida y económica.

Se trata de una respuesta a las necesidades de una sociedad moderna, que disminuye la disposición a aceptar las decisiones adoptadas de manera jerárquica o poco transparente. Y demanda, por el contrario, nuevas formas de adopción de decisiones y de comunicación que incidan en una mayor implicación, capacidad y compromiso de la ciudadanía tanto en la definición de problemas como en la gestión de sus soluciones alternativas (PASTOR, 2013).

En este sentido, la mediación es un método especialmente indicado para resolver conflictos cuando exista un especial interés de las partes por tratar de agotar las posibilidades de alcanzar un acuerdo extrajudicial y evitar un posible litigio, como sucede, por ejemplo, cuando las partes desean preservar su relación comercial, a pesar de las discrepancias que hayan podido suscitarse (GONZALO, 2013).

Como se estableció anteriormente, en el arrendamiento existen dos tipos de intereses, uno económico y otro social. Desde el punto de vista económico, el arrendador, se ve en la necesidad de obtener el pago puntual estipulado, o bien, en caso de que esto no suceda, solucionar de manera pronta y expedita el conflicto de arrendamiento con el objeto de que su inversión no se convierta en pérdida de capital o plusvalía.

Por otro lado, desde el punto de vista social, el arrendatario se ve en la necesidad de solucionar su conflicto de arrendamiento de la manera menos violenta posible. Esto es, si bien puede ser desalojado judicialmente del bien inmueble arrendado, este desalojo puede ser voluntario a cambio una solución alternativa al conflicto, por ejemplo, alguna donación o prórroga.

2.1. Beneficios económicos de la mediación y la reducción del costo de un procedimiento judicial

Las ventajas de la mediación para dar solución definitiva a los conflictos son muchas y muy variadas. Por ello, la mediación se ha erigido como un método eficaz en la resolución de conflictos y como resultado, ha sido integrada a varias agendas políticas como estrategia para la prevención y resolución de conflictos (CABELLO, 2013). En el caso de los conflictos de arrendamiento pueden generar beneficios económicos al propietario del bien inmueble arrendado disminuyendo los costos para solucionar de manera definitiva el conflicto.

Identificamos dos variables que pueden ser consideradas beneficios económicos derivados de la implementación de la mediación para solucionar un conflicto de arrendamiento. Se trata de, la reducción del costo en honorarios devengados, para iniciar un procedimiento judicial con la contratación de un abogado y, la disminución del plazo para solucionar de manera definitiva el conflicto de arrendamiento.

Como ha quedado establecido hasta ahora, el acceso a la justicia es un derecho gratuito, sin embargo, los honorarios por concepto de prestación de servicios jurídicos son variados y en ocasiones elevados. Con la mediación pueden ser reducidos esos costos, y por ende, los riesgos de pérdida de capital por concepto de honorarios. A continuación se presentan algunas de las regulaciones utilizadas para fijar el monto a pagar por concepto de mediación.

2.1.1. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

En concordancia con la Directiva 2008/52/CE sobre Mediación, entre los objetivos que suscriben las Leyes de Mediación de las Comunidades españolas, y el Anteproyecto de ley estatal de mediación, está el de disminuir los costos que se generan con un procedimiento judicial. Esto no quiere decir que la mediación deba ser gratuita, sino que los costes tendrían que ser más económicos que los de un proceso judicial que comprenden los gastos de abogados, procuradores y peritos, entre otros.

Además, el Código de Conducta Europeo para Mediadores establece que, cuando no se haya dispuesto otra cosa, el mediador deberá informar a las partes la forma de remuneración a la que estará sujeta su intervención. El mediador no deberá intervenir en mediación alguna antes de que los principios de su remuneración hayan sido aceptados por todas las partes interesadas. Por tanto, si las partes no están de acuerdo en el monto de honorarios fijado por el mediador pueden buscar otra opción más acorde a sus intereses.

2.1.2. Reglamentación de la Ley Argentina 26,589

La Ley Argentina Ley 26,589, sobre mediación establece que la intervención del mediador y de los profesionales asistentes se presume onerosa. Entre otras cosas, determina que el mediador percibirá por su desempeño en la mediación, un honorario básico cuyo monto y condiciones de pago se establecerán reglamentariamente.

Sin embargo, quien se encuentre en la necesidad de litigar sin contar con recursos de subsistencia y acreditar esta circunstancia podrá solicitar el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria en forma gratuita. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria y gratuita se llevará a cabo en los centros de mediación del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y en centros de mediación públicos que ofrezcan este servicio.

La reglamentación de la Ley 26,589 establece que los honorarios del mediador pueden ser acordados voluntariamente, con la limitación de no ser inferiores a los que son fijados en el propio reglamento. Para determinar la base de cálculo del monto del caso deberá tenerse en cuenta el monto del acuerdo, o en su caso el de la sentencia o transacción. Por tanto, dependerá del monto reclamado la cantidad de honorarios cobrados por el mediador.

Además, en su anexo tercero establece que el honorario básico que percibirá el mediador por su tarea se fijará de acuerdo con la siguiente escala:

<i>Monto del asunto</i>	<i>Honorario básico del mediador</i>
Hasta \$ 3,000.00	\$300.00
Superiores a \$ 3,000.00 hasta \$6,000.00	\$600.00
Superiores a \$6,000.00 hasta \$15,000.00	\$900.00
Superiores a \$15,000.00 hasta \$30,000.00	\$1,200.00
Superiores a \$30,000.00 hasta \$60,000.00	\$1,600.00
Superiores a \$60,000.00 hasta \$100,000.00	\$2,000.00
Superiores a \$100,000.00	2% de dicho monto y hasta \$12,000.00
No determinados en formulario	\$1,400.00

Fuente: Reglamentación de la Ley 26,589 Argentina

2.1.3. Costos de la mediación en México

En México, aunque existen centros de mediación privada, la mediación es un servicio que el Estado ofrece de manera gratuita. Se trata de un derecho del ciudadano que forma parte del libre acceso a la justicia, y que coadyuva con el sistema de administración de justicia. En el aspecto económico, resulta una gran oportunidad para solucionar conflictos de arrendamiento con una reducción total de costos.

Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Que su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Además, que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias y que en la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Por tanto, ubica a los métodos alternos como la mediación, como una de las vías para acceder a la justicia en México, aunque se reserva la sanción de los convenios a los tribunales.

2.2. Reducción del plazo de resolución definitiva

Para SUARES (2005), la mediación es la institución que ayuda a las partes a encontrar otra forma de encarar y conducir sus disputas, que les permite llegar a un acuerdo. En un conflicto de arrendamiento, donde se implementa la mediación, se reducen los tiempos por la manera en que se encara y conduce la disputa. Los beneficios económicos obtenidos por la reducción del tiempo son un aspecto a considerar para la implementación de esta técnica en la solución de conflictos de arrendamiento.

La mediación es un método que reduce los tiempos de resolución de un conflicto. El tiempo requerido para llevar a cabo una mediación puede variar, sin embargo resulta inferior a los tiempos de un procedimiento judicial, ya que estos últimos se encuentran sujetos a la cantidad de conflictos que sean sometidos a su jurisdicción y a los términos judiciales. Por ello, la mediación resulta una herramienta que ayuda a las partes a obtener la resolución definitiva del conflicto en un menor tiempo.

Al resolver de manera pronta y definitiva un conflicto de arrendamiento se reduce el aspecto económico del tiempo. Se obtiene el pago parcial o total de las pensiones rentarias vencidas, y se dispone nuevamente del bien inmueble para continuar arrendándolo, o simplemente disponer de él. Por tanto, la mediación reduce los tiempos de retorno de capital al propiciar la celeridad de la solución del conflicto, lo cual es benéfico para el arrendador.

3. VIABILIDAD JURÍDICA PARA IMPLEMENTAR LA MEDIACIÓN

Contamos con una viabilidad para implementar la mediación para solucionar conflictos de arrendamiento. España y México, contemplan en sus legislaciones a la mediación como forma alternativa de acceso a la justicia, lo cual da la oportunidad a las partes de solucionar voluntariamente su conflicto con la intervención de un tercero, denominado mediador.

3.1. Contexto de la mediación en México

En México, nos encontramos en una etapa de transición de un sistema judicial estricto, donde las partes eran meras espectadoras del actuar judicial, a uno que admite la participación de la partes en la solución de su propio conflicto. El reconocimiento de la necesidad de impulsar reformas a los sistemas de impartición y procuración de justicia ha llevado a que nuestros gobiernos asuman dicha necesidad, como una de las grandes prioridades de las agenda públicas (GARCÍA, 2009).

Se ha dado impulso legislativo a la resolución alternativa de conflictos. La implementación de los métodos alternos de solución de conflictos en nuestros sistemas judiciales es cada día más común, en especial la mediación, como una salida alterna y solución al conflicto de la impenetración de la justicia (GORJÓN & LÓPEZ, 2013). La transformación del sistema de administración de justicia es ahora todo un hecho, y en gran medida, es consecuencia de la implementación de la mediación.

Ahora bien, los métodos alternos de solución de conflictos están presentes en México desde algunas décadas a través del arbitraje regulado no específicamente como tal sino como procedimiento convencional en el Código de Comercio desde 1889 (GORJÓN, 2013). Sin embargo, fue regulado hasta 1989 con un tinte nacionalista y proteccionista que no ayudó a su promoción, y tuvo como consecuencia, que no pudiera ser materializado en la práctica.

A partir de 1995 se dan esfuerzos estatales para incorporar el arbitraje en los códigos de procedimientos civiles en los estados, pero de una forma inadecuada, ya que no observaron los principios establecidos por la ley modelo de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (GORJÓN, 2013). El tema de la resolución alternativa de conflictos sería retomado hasta el año 2005 por algunas legislaturas locales, y adquiriría protagonismo con su incorporación a la Constitución Mexicana.

Actualmente 16 constituciones locales contemplan los métodos alternos de solución de conflictos, en específico la mediación como una forma en la que los particulares podrán resolver sus conflictos, facilitando la vía con apoyo de los diferentes tribunales superiores de justicia

y las procuradurías, que más que una situación garantista la podemos considerar como una acción culturizadora (GORJÓN & LÓPEZ, 2013).

Sin embargo, este impulso otorgado a los métodos alternos de solución de conflictos ha generado una serie de dificultades legislativas. Con base a la autonomía legislativa de cada estado, en base al sistema federal, tenemos un gran número de Leyes que regulan la mediación. Esto ha provocado un desorden legislativo y la coexistencia de diversos conceptos atendiendo al estado de que se trate.

Para Francisco GORJÓN (2013) estas legislaciones se agrupan en 5 grandes rubros, el primero de ellos como Leyes de Justicia Alternativa identificadas en 10 Estados; el segundo como Leyes de métodos o medios o mecanismos alternos de solución de conflictos identificadas en 5 Estados; en el tercer grupo se encuentran las Leyes de mediación o conciliación o de promoción de paz identificadas en 7 Estados, el cuarto, Leyes de violencia intrafamiliar identificadas en 7 Estados que identifican a conflictos familiares como mediables y por último en el quinto grupo Leyes específicas de justicia penal restaurativa identificadas en 5 Estados.

3.1.1. Impacto de los MASC en el sistema judicial

Con la implementación de la mediación se moderniza el sistema judicial por la evidente aplicación de procedimientos novedosos de resolución de conflictos, derivado en fórmulas de autocomposición y con participación de la ciudadanía, aperturando la justicia como contrapeso de la monopolización por parte del poder judicial, transitando de un sistema paternalista adversarial a un colaborativo conciliar (GORJÓN & LÓPEZ, 2013).

La mediación otorga suficiente poder y autonomía a las partes involucradas en un conflicto para decidir los términos en que puede concluir el mismo. En un conflicto judicial los servicios de mediación y conciliación representan el medio alternativo para la solución de controversias de manera pronta, pacífica, eficaz e imparcial, dejando de lado los formalismos que se llevan ante los Tribunales (STEELE, 2009). Se trata de

otorgar atribuciones suficientes a las partes involucradas para decidir los términos en que se da por terminado un juicio.

En un conflicto de arrendamiento el empoderamiento de la partes por mediación facilita la comunicación y los acuerdos. Disminuye considerablemente el tiempo invertido en la resolución del conflicto derivado de arrendamiento y el cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Como consecuencia, se desahoga el sistema de administración de justicia de una serie de conflictos de arrendamiento que pueden ser resueltos de manera alternativa por las partes involucradas.

3.2. Contexto de la mediación en España

España ha dado gran impulso a la implementación de la mediación como método para solucionar conflictos. Ha llevado a cabo una serie de trabajos legislativos con el objeto de regular la implementación de la mediación. Aunque en los últimos tiempos, la sensación generalizada es que con la actual Ley de mediación se ha perdido una gran oportunidad para impulsar realmente la mediación (GONZALO, 2013).

En España los centros de mediación están, en su mayoría, vinculados a la Administración de Justicia del Estado y, en asuntos familiares, se deriva una sesión informativa sobre mediación. Los mediadores forman parte del sistema judicial. Se trata de un sistema perfectamente integrado (GARCÍA-LONGORIA, 2013).

Sin embargo, la realidad de la mediación en España no se entiende sino por el impulso dado a la misma desde el ámbito Europeo. Y es que, sin duda la mediación, como avala su práctica en otros países de la Unión Europea, puede resultar un mecanismo de resolución de determinados conflictos más eficaz y menos costoso que la jurisdicción ordinaria o el arbitraje, siendo una fórmula común y muy usada que realmente elimina muchísimos pleitos (GONZALO, 2013).

3.2.1. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

La razón principal para una regulación común de la mediación en el ámbito de la Unión Europea radica en la existencia de lo que se denomina *espacio común europeo de seguridad y justicia*. La desaparición de las fronteras interiores entre los Estados Miembros de la Unión Europea supone que los ciudadanos pueden establecerse libremente en cualquier lugar de la Unión, y desarrollar en el mismo su entramado de relaciones sociales (ORTUÑO, 2013)

Desde la entrada en vigor de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se han perseguido dos objetivos fundamentales. El de instaurar la mediación nacional y transfronteriza como una auténtica alternativa judicial en y entre los Estados miembros y del de extrapolar la aplicación de la mediación al resto de asuntos civiles y mercantiles, no limitándose a la esfera familiar (GONZALO, 2013).

Este texto legislativo planteó una problemática diversa, en cuanto fueron numerosos los países de Europa que se opusieron a destinar fondos públicos a la creación de un sistema paralelo al de la administración de justicia, especialmente cuando no disponían de mediadores profesionales para garantizar unos servicios de esta naturaleza. (ORTUÑO, 2013). Por ello, se limitó la aplicación de este método a conflictos transfronterizos y de otorgó mucha flexibilidad para que los estados miembros adaptaran su legislación de manera progresiva.

3.2.2. Real Decreto 5/2012

El Real Decreto 5/2012, publicado el 6 de marzo de 2012, con el que el legislador quiso poner fin al incumplimiento del plazo de transposición fijado por la Directiva 2008/52/CE basó el modelo de mediación en tres ejes principales (GONZALO, 2013). La Directiva, como ley marco, fue aprobada con un período de trasposición al derecho interno de tres años y con tal previsión de mecanismos de control respecto a su implantación (ORTUÑO, 2013).

El primero de ellos, la voluntariedad y la libre decisión de las partes de intentar alcanzar un acuerdo gestionando el conflicto a través de la intervención de un mediador (GONZALO, 2013). En este sentido, la eficacia y cantidad de los acuerdos de mediación dependerá en gran medida de la calidad en los servicios de mediación. Por lo que, conforme la Directiva, es obligación de cada Estado garantizar una formación seria, que imponga criterios de competencia (ORTUÑO, 2013)

La deslegalización como segundo eje de la mediación, fijando tan sólo las bases principales del procedimiento de mediación, estableciendo una fácil tramitación y corta duración en el tiempo y dando flexibilidad para amoldar la tramitación del proceso a sus necesidades (GONZALO, 2013). Se impuso que el proceso de mediación debe ser estructurado, para que quede mejo precisado que se trata de un método científico (ORTUÑO, 2013). Se busca que el proceso de mediación sea un proceso práctico y de fácil tramitación, con el debido respeto a las garantías procesales.

El tercer eje de la mediación se fundamentó en la ejecutividad del acuerdo de mediación siempre y cuando éste se haya elevado a escritura pública, para lo que el Notario deberá previamente verificar la conformidad a derecho del acuerdo obtenido en la mediación (GONZALO, 2013). A semeja el acuerdo obtenido por mediación a un acuerdo celebrado ante notario público, situación que tiene aspectos positivos y negativos, pero cuyo efecto final es que el convenio celebrado se eleva a la categoría de título ejecutivo.

3.2.3. Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada en el BOE del sábado 7 de julio, introdujo algunas novedades, derivadas del Anteproyecto, respecto al contenido del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo (GONZALO, 2013). Con esta legislación se pone fin a la incertidumbre generada, se trata de un intento de buscar uniformidad de conceptos y métodos para aplicar la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La ley amplía el campo de mediación en conflictos transfronterizos, en coherencia con el artículo 2.2. de la Directiva 2008/52/CE, que con-

templa la circunstancia de traslado sobrevenido, teniendo también la consideración de conflictos transfronterizos, los previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar donde se haya realizado (GONZALO, 2013). Ya que no sólo se pretende con la Directiva implementar un instrumento propio del derecho internacional privado comunitario, sino también la promoción o fomento de la mediación, lo que significa una apuesta por el desarrollo de esta metodología desde instancias públicas (ORTUÑO, 2013).

La Ley refuerza el principio de confidencialidad como base de la mediación, tanto para el mediador como para la inclusión del deber para las instituciones de mediación y establece una salvaguarda ante situaciones de urgencia respecto a las acciones que, en relación a su objeto, pueden ejercitar las partes durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, incluyendo tanto la solicitud de medidas cautelares como aquellas medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos (GONZALO, 2013).

Con la nueva Ley de Mediación la Administración de Justicia va a incluir la posibilidad de informar a la población sobre la suspensión del procedimiento judicial y la oferta de una sesión informativa, así como un registro público de mediadores en donde las personas interesadas podrán elegir el mediador que desean que intervenga en su controversia (GARCÍA-LONGORIA, 2013).

Se incorpora al juicio verbal la misma previsión del juicio ordinario, determinando que una vez admitida la demanda y el secretario judicial cite a las partes para la celebración de la vista, se informe en la citación de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación (GONZALO, 2013).

Sin embargo, la mediación en España sólo se podrá aplicar si las partes voluntariamente así lo acuerdan y la materia es civil o mercantil, con exclusión de la penal, laboral, conflictos de consumo, administrativa y entre Administraciones Públicas (GONZALO, 2013). En los ámbitos civiles y mercantiles sólo podrá aplicarse en aquellas materias sobre las que las partes tengan libre disposición.

En cuanto a los efectos en relación con las acciones y derechos la nueva norma modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir suspender el proceso judicial ya iniciado, en caso de que las partes acudan a mediación (GONZALO, 2013). Se busca la instauración de una relación equilibrada entre mediación y proceso judicial, es decir, que el interés de la Directiva no es tanto la mediación global, sino la relación de la misma con el procedimiento judicial (ORTUÑO, 2013).

4. CONCLUSIONES

El conflicto entre el arrendador y el arrendatario se presenta como el principal riesgo en una inversión inmobiliaria de arrendamiento. El éxito de este tipo de inversión dependerá de la manera en que son gestionados y solucionados los conflictos que surjan durante la relación contractual. Por ello, contar con diversas alternativas para la resolución de un conflicto derivado de arrendamiento aumenta las probabilidades de éxito en una inversión de inmobiliaria de arrendamiento.

El costo del proceso judicial y el tiempo de resolución judicial son identificados como dos aspectos con impacto económico derivados de un conflicto de arrendamiento. El riesgo en una inversión inmobiliaria de arrendamiento puede ser valorado económicamente mediante el análisis de los aspectos económicos planteados. Por ello, en caso de un conflicto derivado de una inversión inmobiliaria de arrendamiento, se debe buscar la disminución del costo del proceso judicial y del tiempo de resolución judicial, ya que esto se traduce en la disminución del riesgo de inversión.

La mediación promueve la disminución de los costos del proceso judicial y del tiempo de resolución de un conflicto de arrendamiento. Esta disminución se traduce en beneficios económicos para el arrendador porque ve reducido el riesgo de su inversión. Por tanto, la mediación aporta beneficios económicos al resolver un conflicto de arrendamiento en un tiempo y con un costo menor que el procedimiento judicial.

Las legislaciones de España y México prevén la implementación de la mediación para solucionar conflictos de carácter civil como son los conflictos de arrendamiento, por lo que, el arrendador cuenta con una

viabilidad jurídica para resolver sus conflictos de arrendamiento a través de mediación en vez del procedimiento judicial.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABA Model Code of Profesional Responsibility.
- *Arancel de Abogados para el Estado de Nuevo León.*
- BLANCO, A. (2014). *Se busca vivienda de Alquiler. Opciones de política en América Latina y el Caribe.* Banco Interamericano de Desarrollo.
- BLANCO, L. (2002). Caracterización de la crisis Argentina. *Revista de Economía Institucional*, 209-214.
- CABELLO, P. (2013). Transformando México y España a través de la mediación como política social. In F. GORJÓN, & A. LÓPEZ, *Estado del arte de la mediación* (pp. 219-238). México: Editorial Aranzadi, S.A.
- Código de deontología de los abogados en la Unión Europea.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- GARCÍA, E. (2009). Contexto nacional de los métodos alternos para la solución de conflictos. In F. GORJÓN, & K. SÁENZ, *Mediación y Arbitraje* (pp. 39-50). México: Editorial Porrúa.
- GARCÍA-LONGORIA, M. P. (2013). Actualidad de la mediación familiar en España y México. In F. GORJÓN, & A. LÓPEZ, *Estado del Arte de la Mediación* (pp. 77-97). España: Editorial Aranzadi, S.A.
- GÓMEZ, C. (2011). *Derecho Procesal Civil.* México, D.F.: Oxford University Press.
- GONZALO, M. (2013). Situación actual del Marco Normativo de la Mediación en España. In F. GORJÓN, & A. LÓPEZ, *Estado del arte de la mediación* (pp. 51-76). México: Editorial Aranzadi, S.A.

- GORJÓN, F. (2013). Los intangibles de la mediación. In F. GORJÓN, & A. LÓPEZ, *Estado del arte de la mediación* (pp. 149-179). México: Editorial Aranzadi, S.A.
- GORJÓN, F., & LÓPEZ, A. (2013). Estado del arte de la mediación en México. In F. GORJÓN, & A. LÓPEZ, *Estado del arte de la mediación* (pp. 27-49). México: Editorial Aranzadi, S.A.
- Ley de Aranceles y Honorarios Profesionales 21.839.
- MARÍN, G. (2007). Las obligaciones de las partes en el mantenimiento de inmuebles arrendados. *Revista de Derecho*, 173-212.
- ORTUÑO, P. (2013). La mediación civil en el espacio judicial europeo. In F. GORJÓN, & A. LÓPEZ, *Estado del Arte de la Mediación* (pp. 267-290). España: Editorial Aranzadi, Sociedad Anónima.
- PARIAS, A. (2008). El mercado de arrendamiento en los barrios informales de Bogotá, un mercado estructural. *Territorios*, 75-101.
- PASTOR, E. (2013). La mediación como herramienta de intervención social. In F. GORJÓN, & A. LÓPEZ, *Estado del arte de la mediación* (pp. 99-123). México: Editorial Aranzadi, S.A.
- STEELE, J. (2009). Mediación y conciliación en la Procuraduría General de Justicia en el Estado de Nuevo León. In F. GORJÓN, & K. SAENZ, *Mediación y Arbitraje* (pp. 219-243). México: Editorial Porrúa.
- SUARES, M. (2005). *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- TEJADA, M., & VIDAURRE, R. (2007). ¿Comprar o arrendar una vivienda? Una aplicación para el caso de la ciudad de la Paz. *Desarrollo y Sociedad*, 199-228.
- WATKINS, K., VAN DIJK, D., & SPRONK, J. (2006). Corporate Governance and Performance during the Aftermath of the 1994 Mexican Crisis. *Econo Quantum*, 39-55.

LA LEY N° 516 DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES Y SU ANÁLISIS EN RELACIÓN A LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN BOLIVIA

SARA C. FERREIRA QUEVEDO¹

Universidad Católica Boliviana

Resumen: Un rubro importante dentro del tráfico jurídico internacional es el correspondiente a las inversiones, asunto íntimamente ligado a los medios alternativos de solución de conflictos. En el presente capítulo se abordará la prospectiva legislativa para el abordaje de las controversias en dicho ámbito, a partir de un proceso todavía inacabado en el Estado Boliviano en cuanto a andamiaje jurídico se refiere.

Palabras clave: Inversiones, solución de conflictos, marco legal.

Key words: *Investment, conflict solution, legal framework.*

Sumario: 1. Introducción; 2. Vigencia y contenido de la Ley N° 516, de promoción de inversiones; 3. La solución de conflictos desde la Ley N° 1770, de conciliación y arbitraje, el ámbito internacional y el problema de los Tratados pre-constitucionales; 4. Algunas consideraciones sobre la futura Ley de conciliación y arbitraje; 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos cinco años, el Estado Plurinacional de Bolivia ha tenido importantes avances legislativos, producto principalmente de la puesta en vigencia del actual texto constitucional, que data del año 2009. A partir de allí, los ciudadanos hemos experimentado varios cambios en cuanto al concepto de Estado, formas democráticas, organización del

1 Abogada. Máster en Derecho, con especialidad en Derecho de la empresa, por la Universidad de Alcalá. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla. Profesora de pregrado de la Universidad Católica Boliviana y de la Universidad Privada Boliviana. Profesora de posgrado de la Universidad Mayor de San Simón. Correo: saraferreiraquevedo@gmail.com

poder público –por citar algunos ejemplos– y, no en menor medida, sobre aspectos relativos al tratamiento de los recursos naturales que, de acuerdo a de SOUSA SANTOS (2012) en los casos de Bolivia y Ecuador “...la idea de plurinacionalidad está tan marcada por las identidades culturales como por la demanda de control de los recursos naturales...”. Ello, por ende, termina influenciando en la estructura económica del país, así como la apertura a la inversión nacional y extranjera, tarea última de la que pretende ocuparse la Ley N° 516, de promoción de inversiones, de 4 de abril de 2014, actualizando a su antecesora y adecuando dichos cambios a los nuevos paradigmas por los que atraviesa el Estado boliviano.

La promulgación y consiguiente puesta en vigencia de esta ley viene aparejada a la consiguiente expectativa de que, producto de las inversiones, supondrá la elaboración de una norma que le será intrínsecamente necesaria y complementaria: la futura Ley de conciliación y arbitraje, a cargo del Ministerio de Justicia y la Procuraduría General del Estado, cuyo plazo fenecía el pasado 04 de julio de 2014, dado que la Disposición Transitoria Tercera fijaba un plazo de tres meses. Sin embargo, hoy en día se mantiene vigente la Ley N° 1770, de conciliación y arbitraje, cuyo contenido normativo no establece de manera específica algún supuesto sobre el arreglo de controversias específicamente en conflictos de inversión, empero incluye un apartado específico sobre el arbitraje comercial internacional.

De acuerdo a lo anterior, el presente artículo desarrolla un análisis sucinto de la Ley N° 516, enfocándonos y delimitando dicho análisis básicamente a tres aspectos: algunos antecedentes y contenido de la Ley N° 516; la solución de conflictos en base a la Ley N° 1770, de conciliación y arbitraje y el ámbito internacional en relación a los potenciales conflictos de inversión que pudiesen suscitarse en Bolivia y, finalmente, algunas consideraciones sobre la consiguiente expectativa que, producto de la ley de inversiones, supondrá la elaboración de una nueva norma de conciliación y arbitraje.

Se propone el desarrollo del artículo a través de un cuerpo teórico que inicialmente contemple algunos antecedentes a la vigencia de la Ley; así como las formas de resolución de conflictos a nivel nacional e interna-

cional y la consiguiente problemática sobre la validez de los tratados preconstitucionales. Finalmente, se comentarán algunos aspectos y avances que han sido desarrollados en materia de solución de conflictos de este tipo, base para la redacción de la futura ley sobre conciliación y arbitraje.

2. VIGENCIA Y CONTENIDO DE LA LEY N° 516, DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES

Como antecedente legislativo de la norma en análisis, señalaremos que su antecesora, la Ley N° 1182, de inversiones —a secas— databa del año 1990². El contenido material de la misma abarcaba únicamente veintitrés artículos y ninguna disposición adicional o transitoria.

A modo de breve resumen, la Ley N° 1182 incluía, entre otras, alusiones a la seguridad de la inversión extranjera que, a modo de cláusula de trato nacional³ —muy común en los tratados internacionales de cooperación e integración— debía ser protegida en los mismos derechos, garantías y otros que se otorgan a los inversores nacionales. Asimismo, se estipulaba que la inversión privada no requería autorización previa ni registro adicional, así como la no restricción en cuanto al ingreso y salida de capitales.

Como se verá en la Ley N° 516, todo el contenido actual varía en oposición a su norma antecesora. La cláusula de trato nacional se sustituye por un principio de seguridad jurídica que establece la ficción de la igualdad entre inversionistas nacionales o extranjeros; sin embargo, ello no resulta así cuando el artículo 6 se refiere a la exclusividad del Estado boliviano en determinados sectores estratégicos de inversión⁴ lo

2 Específicamente, la vigencia de la Ley N° 1182 es a partir del 17 de septiembre de 1990, así como su publicación. Para mayor información, remitirse a la Gaceta Oficial de Bolivia. Consulta electrónica en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/1662>.

3 La cláusula de trato nacional se expresa como el compromiso de reconocer a otra parte o a sus nacionales un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a los nacionales o residentes o a las actividades preexistentes desarrolladas dentro del territorio nacional.

4 En extenso, el párrafo II del artículo 6 de la Ley N° 516 establece: "El Estado se reserva el derecho de desarrollar los sectores estratégicos para el crecimiento

que limita la posibilidad inversiones extranjeras. Asimismo, las formas de inversión en el país crean una desigualdad entre los mismos colectivos de inversores, al establecer una compleja tipología sobre los tipos de inversión, redactada en el artículo 4 de dicha ley reconociéndose, de manera diferenciada, a la inversión boliviana, la inversión preferente, la estatal productiva, la inversión mixta, inversión extranjera⁵. Finalmente, se establece la obligación del registro de la inversión extranjera, bajo la responsabilidad del Banco Central de Bolivia (BCB), que otorgará certificados de ingreso de aportes para la inversión en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Por otra parte, la abrogada Ley N° 1182 preveía, como forma de solución de los conflictos, someter las diferencias que pudieran suscitarse a tribunales arbitrales, sea con inversores nacionales o extranjeros⁶, producto de la suscripción de los contratos de riesgo compartido *-joint venture-* modalidad que parecía primar en la norma abrogada. Sin embargo, la alusión que hace la norma abrogada al arbitraje es criticable tomando en cuenta que la ley de conciliación y arbitraje aún no estaba en vigencia, sino hasta el año 1997; por tanto, no existía un procedimiento arbitral adecuado al que se pudieran someter este tipo de controversias de inversiones, quedando únicamente librado a analizar, caso por caso, los Tratados Bilaterales de Inversión -TBI o BIT por sus siglas en inglés- para ver si éstos contenían una cláusula con jurisdicción arbitral internacional.

De hecho, la promulgación de la abrogada Ley N° 1182 estuvo aparejada de la suscripción y ratificación, por el anterior Congreso Legislativo, de tres TBIs suscritos por Bolivia con los países de Alemania,

económico y social del país con equidad, y ejercita su derecho participando como inversionista, a través de la inversión estatal productiva, en el marco de lo establecido en la presente Ley"

- 5 Escapa al alcance de la presente investigación conceptualizar cada uno de los tipos de inversión propuestos por la Ley N° 516 y, por el amplio alcance de cada uno de los conceptos contenido en el artículo 4, solicitamos al amable lector su remisión al mismo.
- 6 En extenso, el Artículo 10 establece: "Los inversionistas nacionales y extranjeros podrán acordar someter sus diferencias a tribunales arbitrales, de conformidad a la Constitución Política del Estado y normas internacionales".

Suiza y Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en los años noventa y bajo la Presidencia del señor JAIME PAZ ZAMORA, Presidente Constitucional de Bolivia que también promulgó la ley antecesora a la actual ley de promoción de inversiones que se analiza.

Además de los países mencionados, VICENTE (2009) señala que en la década de los noventa se produjo una fuerte internacionalización también de la empresa española y sus inversionistas a esta parte del continente, destacando en su artículo las inversiones hacia Bolivia y Venezuela⁷ (p. 9) siendo que, en el caso específico de Bolivia, resaltan las inversiones de Repsol-YPF, Iberdrola, Red Eléctrica Española, BBVA el Grupo Prisa, Santillana, Maxam-Fanesa y Abertis.

De la misma forma que en la Ley N° 401 –analizada en una ocasión anterior, con fines académicos⁸– la Ley N° 516 carece de un preámbulo o parte considerativa que introduzca y ayude en la comprensión material y fundamentos de la ley. Sin embargo, en ausencia del mismo, nos remitiremos al texto constitucional para establecer algunos fundamentos de la ley de promoción de inversiones, sobre todo en lo que a política económica se refiere y, más específicamente, en el artículo 320 y su necesaria relación con el Título II, de la parte IV, referido al medio ambiente, recursos naturales, tierra y territorio, específicamente a los Capítulos Segundo y Tercero, relativos a los recursos naturales e hidrocarburos, respectivamente (artículos 348 y siguientes).

7 Sostiene este autor que destacan las inversiones efectuadas en Latinoamérica por las empresas Sol Meliá (1987), MAPFRE (1989), Telefónica (1991), Iberia (1991), Endesa (1992), Gas Natural (1992), Repsol YPF (1994), Iberdrola, BBVA, BSCH, Unión Fenosa, Dragados, Ferrovial Agromán, Sacyr, Aguas de Barcelona que migraron a esta parte del continente movidos, además, por la seguridad en cuanto a la suscripción del Convenio CIADI, las directrices establecidas por el FMI y el BM, así como la suscripción de los APPRIs o Tratados bilaterales de inversión. Para mayor referencia: ANCOS, HELENA y VICENTE, DÁMASO JAVIER. *La promoción de la responsabilidad social en los Tratados de inversión: los casos de Bolivia y Venezuela*. Serie de Avances de Investigación N° 30. Publicación Electrónica, Fundación Carolina, Madrid. 2009.

8 FERREIRA QUEVEDO, SARA. "La Ley N° 401 de celebración de Tratados, de 18/09/14, y su análisis en relación al bloque de constitucionalidad y derecho comunitario" En Revista virtual del Instituto de Estudios Internacionales IDEI – Bolivia. Publicación electrónica. Año 4, N° 76. 2014.

En lo que al análisis de este artículo importa, señalaremos que la norma *ut supra* tiene un ámbito de aplicación como ley doméstica, tanto para sujetos nacionales como extranjeros que deseen invertir en el territorio del estado boliviano. Con ello se cumple con lo establecido por el ya mencionado artículo 320 de la Constitución Política del Estado (en adelante C.P.E.) en cuanto al contenido de su parágrafo II: *Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable*. Asimismo, el artículo 366 del texto constitucional, en consonancia con el artículo predecesor, establece restricciones específicas en cuanto a la cadena productiva hidrocarburífera –campo de interés para la mayor parte de las inversiones– al señalar que... *No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas*⁹.

La redacción de los artículos que preceden nos evoca a la denominada Cláusula CALVO. Por esta cláusula se planteó como doctrina uniforme la política de no aceptar ni la reclamación diplomática de asuntos privados, así como tampoco la jurisdicción extranjera, en cualquiera de sus formas, en los contratos celebrados por el Estado. Por tanto, la inserción de la cláusula “CALVO” (las comillas son nuestras) en los

9 A mayor abundamiento se transcribe el Artículo 366 en toda su extensión: Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas. Sobre esta especificidad, AGUIRRE FERNANDO y AGUIRRE CAROLINA establecen una interesante excepción que, en materia de contratos petroleros, podría exentarse de la prohibición constitucional, en sentido de señalar que en dichos contratos la *lex arbitri* está en Bolivia, la ley sustantiva es la boliviana pero la norma de procedimiento es el Reglamento de Arbitraje de la ICC. Ello, sostienen, no debería ser tomado como un arbitraje internacional, si no nacional. Véase AGUIRRE U., CAROLINA y AGUIRRE B., FERNANDO. *El arbitraje comercial internacional en Bolivia*. En CASTILLO FREYRE, MARIO *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica* Palestra Editores, Perú. 2010

contratos sometía a los contratantes –inversores incluidos– a resolver toda controversia en la jurisdicción de los tribunales nacionales¹⁰.

En un sentido similar, opina FERNÁNDEZ¹¹ (2010) señalando que la doctrina CALVO se sustenta en que: *Sobre la base principio de igualdad de los Estados, niega que los extranjeros tuvieran derechos o privilegios especiales, determinando que las controversias en las que participaran debían ser sometidas a los tribunales estatales y resueltas conforme a las leyes nacionales, sin que los Estados de su nacionalidad pudieran intervenir en las mismas*. Sin embargo, CALVO no adoptó una posición adversa a la sujeción al arbitraje internacional de las controversias originadas en reclamaciones por parte de extranjeros, concentrándose su doctrina en el rechazo de la fuerza armada como mecanismo de atender reclamaciones privadas (p. XLIII).

Y termina añadiendo que la función principal de dicha cláusula era el rechazo de la fuerza armada como mecanismo de solución ante reclamaciones privadas, lo que no excluía al arbitraje, tal como se tiene descrito en los artículos constitucionales, que excluyen este medio adversarial, de manera categórica.

DE TRAZEGNIES (2007) opina que la cláusula CALVO no funcionó como se esperaba porque...*si bien satisfacía el ego latinoamericano...* (p. 150) produjo daños a la economía de los países latinoamericanos frente a la desconfianza de inversores extranjeros que no estaban dispuestos a arriesgar su capital en países receptores que pudieran influir en la parcialización de la justicia a favor de sus intereses. Piénsese por ejemplo en un caso que es muy común, cual es la expropiación por motivo de necesidad pública, contemplada constitucionalmente en la mayor parte de los países de derecho occidental y, asimismo, en las nacionalizaciones, en las que Bolivia no ha sido, ni más ni menos, la

10 Al respecto, consultar a DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. *Arbitrando la inversión*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, N° 2. 2007.

11 Así lo refiere el texto de la intervención pronunciada el 8 de julio de 2013 en la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, III Conferencia Anual Hugo Grocio de Arbitraje Internacional, recogido en la Revista Latinoamericana de mediación y arbitraje: Una década de consolidación comercial del arbitraje en América Latina.

excepción. A esto es lo que de Sousa *et. al.* denomina como el nuevo nacionalismo en términos de control de recursos (p. 56) y viene siendo una especie de práctica que sucede cada año, el día 1º de mayo, ocasión festiva en la que se celebra el día del trabajador¹².

En cuanto al objeto de la ley actual, a diferencia de su antecesora, se propone establecer el marco jurídico para la promoción de las inversiones¹³ en el marco del principio ético moral propugnado desde la C.P.E. referido al Vivir Bien (*Sumak Kawsay* o *Suma Qamaña*) que representa el nuevo paradigma normativo de la ordenación social y económica en países como Bolivia, propugnados desde el artículo 8 de la norma suprema, entre otros (DE SOUSA, 2010).

Como lo señalamos previamente, la ley establece, entre sus definiciones, una tipología que abarca desde el concepto de inversión, inversión boliviana, inversión preferente, inversión estatal productiva y otras. Aun sin entrar al análisis de cada una de estas definiciones, señalaremos tres aspectos que nos parecen relevantes:

- 1) La tipología es abundante y confusa;
- 2) El Estado se arroga preferencias en inversiones de tipo productivo –ver asimismo el artículo 6.II– lo que contradice el principio de seguridad jurídica, establecido en el inciso e) del artículo 3 de la misma ley en sentido de que no resultaría cierto que todas las formas de organización económica gozan de igualdad jurídica ante la ley.

A nuestro parecer, la contradicción con dicho principio propugnado desde la propia norma de inversiones tiene estrecha relación con la buena fe contractual, en sentido de lo establecido por ANAYA (2013) que, basándose en varios autores, entre los que destaca DÍEZ PICAZO, establece una diferencia entre la idea de buena fe

12 Léase, por ejemplo "Empresas nacionalizadas durante el Gobierno de EVO MORALES" de la prensa electrónica: <http://boliviadecide.blogspot.com/2012/12/empresas-nacionalizadas-durante-el.html>

13 Así lo establece el artículo 1: (OBJETO). El objeto de la presente Ley es establecer el marco jurídico e institucional general para la promoción de las inversiones en el Estado Plurinacional de Bolivia, a fin de contribuir al crecimiento y desarrollo económico y social del país, para el Vivir Bien.

y el principio general de buena fe¹⁴. En cuanto a este último, se debe entender que se trata de una norma completa que exige de las personas el comportamiento leal en las relaciones jurídicas, desde la negociación, celebración y ejecución de los contratos. Si bien ANAYA reconoce que el alcance de este principio no está definido en cada una de las etapas mencionadas, se deja la solución de los casos concretos a libertad de la doctrina, jurisprudencia (p. 86) de ámbito nacional¹⁵ y, nosotros añadiremos, a los medios de solución que, a nivel internacional, hayan sido acordados en los propios tratados, que parten de un evidente principio contractual.

De hecho, el principio de buena fe, aunque no es expresado en la Ley de promoción de inversiones y adolece de la contradicción precedente, se encuentra expresado en la Ley N° 401, de celebración de tratados, en sentido de la confianza expresada al cumplimiento de las obligaciones, contraídas en virtud de la celebración de tratados con otros Estados, organismos e incluso sujetos internacionales¹⁶. Esto nos lleva a cuestionar, sobre todo, la validez de los tratados bilaterales de inversión suscritos por la ex República de Bolivia, hoy en día Estado Plurinacional, antes de la promulgación de la actual C.P.E. y la propia norma de inversiones y, por último,

- 3) Hay una clara intención del legislador de enmendar errores del pasado, a través de cualidades temporales de lo que debe entenderse como *inversión boliviana* (las comillas son nuestras) incluso a cargo de personas extranjeras, con residencia o radicatoria permanente en

14 Sobre esta división entre idea de buena fe y principio de buena fe, véase a WIEACKER FRANZ, *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB* (1956), trad. Al castellano: El principio general de la buena fe, por J.L. Carro, con prólogo de LUÍS DÍEZ-PICAZO, 1 ed. (1977), Civitas, Madrid, págs. 11, 12 y 19 del Prólogo

15 Si bien debemos aclarar que este autor se refiere a la buena fe que debe existir en los contratos del ámbito civil y, aún más, en la buena fe pre contractual, consideramos que su conceptualización también es pertinente al tema del artículo.

16 El principio de buena fe establecido en la Ley N° 401 es redactado como: "La confianza expresada al cumplimiento de las obligaciones que se contraigan en virtud a la Celebración de Tratados con otros Estados, Organismos Internacionales y otros sujetos internacionales, a fin de mantener una razonable certidumbre en torno a los compromisos arribados". (artículo 4. II. a)).

el país y la temporalidad de la residencia de personas extranjeras, no menor a dos años, para ser considerados *inversores extranjeros* a modo de enmendar las malas experiencias pasadas por las que atravesó el país. Uno de estos casos fue la denominada Guerra del Agua y el conflicto de arbitraje suscitado ante el CIADI, por la sociedad Aguas del Tunari (AdT) de la que se dudaba si aplicaba lo establecido por el artículo 25.2 del Convenio en sentido de ser considerada nacional de otro Estado contratante en dos momentos específicos: cuando se otorgó el consentimiento para acudir al arbitraje y cuando se hizo la solicitud de arbitraje al Centro¹⁷.

Ahora bien, dichas formas de inversión podrán efectivizarse o ejecutarse a través de los denominados Mecanismos de Inversión que, como contempla la Ley, pueden variar entre sociedades comerciales –la sociedad anónima mixta y la sociedad anónima son las formas típicas societarias en este sentido– empresas públicas, empresas de capital mixto, con mayoría accionaria estatal (en concordancia con el art. 363.II de la C.P.E.) u otras formas. Aquí aparece un primer elemento en cuanto a la resolución de controversias, puesto que se señala que dichos mecanismos serán establecidos por una normativa sectorial, entendiéndose que se trata de las materias de cada Ministerio, los que deberán regular el mecanismo determinado, en cuanto a incentivos, tipo de inversión e

- 17 La denominada Guerra del Agua (2000) fue un suceso por el que atravesó la ciudad de Cochabamba, objeto de noticia a nivel internacional e incluso base de una película "También la lluvia". Por licitación internacional, la sociedad Aguas del Tunari (AdT) termina adjudicándose la concesión de aguas y aguas residuales; sin embargo, a raíz del alza de los precios de este servicio, termina cancelándose la concesión en abril del año 2000, producto de violentas convulsiones sociales, propiciando la pronta salida de AdT de Bolivia, solamente unos meses después de la adjudicación de la concesión del servicio de agua. A raíz de ello, AdT interpone una demanda arbitral en el CIADI – cuyo tratado fue denunciado por Bolivia – siendo una de las cuestiones básicas el discutir si AdT era considerada como empresa con origen en los Países Bajos, a efecto de activar su TBI (Tratado Bilateral de Inversiones) y, por consiguiente, la jurisdicción arbitral del CIADI. Para mayor información, se tienen 2 documentos interesantes sobre este tema: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC629_Sp&caseId=C210 <http://www.cepal.org/ddpe/publicaciones/xml/2/38272/1cl3049e.pdf>

incluso solución de controversias, de acuerdo a las disposiciones determinadas por la Ley N° 516¹⁸.

En este punto debemos hacer un comentario. Si bien la Ley N° 516 no establece el procedimiento de funcionamiento, características u otros de los denominados mecanismos de inversión —reservándolo para potenciales decretos supremos sectoriales— no resultan comprensibles los motivos por los cuales cada Ministerio debería regular los medios de resolución de conflictos, independientemente del tipo de inversión, el sector o mecanismo establecido. Este aspecto debería estar contemplado en una norma —ley— que establezca mecanismos de resolución de conflictos específicos, por ejemplo, para la inversión. De hecho, este es un aspecto que debería contemplarse en la futura Ley de conciliación y arbitraje que reemplazará a la Ley N° 1770, actualmente en vigencia.

Finalmente, la Ley N° 516 no vuelve a referirse a modos de solución de conflictos de inversiones, excepto el mandato contenido en la Disposición Transitoria Tercera que, como mencionamos al inicio, establece que el Ministerio de Justicia y la Procuraduría deberán elaborar una nueva norma de conciliación y arbitraje que contemple, entre otros, el tema de las inversiones.

En este nuevo punto cabe preguntarnos ¿cuál es la validez de los Tratados Internacionales que por ejemplo, en materia de inversiones, hubiere suscrito el Estado Boliviano que son pre constitucionales o inclusive pos constitucionales pero previos a la vigencia de la Ley N° 516? Para formularlos dicha pregunta partimos de la información oficial, aportada por la Procuraduría General del Estado, en sentido de señalar que, a la fecha, Bolivia tiene suscritos y ratificados alrededor de 20 Tratados Bi-

¹⁸ Los mecanismos de inversión están previstos en el artículo 9 de la ley. Específicamente, el parágrafo III señala: "La normativa sectorial establecerá los mecanismos específicos para efectivizar la inversión en su sector, precautelando los intereses y objetivos estratégicos del país; la normativa sectorial debe sujetarse a las regulaciones referidas al tratamiento a las inversiones, a la inversión estatal productiva, a los incentivos a la inversión, a la solución de controversias y demás disposiciones establecidas en la presente Ley"

laterales de Inversión con países como Alemania, Suiza, Gran Bretaña, Italia, Suecia, China, Francia, Argentina, Dinamarca, entre otros¹⁹.

Sobre esta pregunta teorizaremos algunos supuestos en el punto siguiente.

3. LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DESDE LA LEY N° 1770, DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EL PROBLEMA DE LOS TRATADOS PRE CONSTITUCIONALES

La Ley N° 1770, de conciliación y arbitraje, se encuentra vigente en nuestro país desde el año 1997²⁰. La particularidad de esta ley es que se constituyó en la primera –y única– norma que hasta ahora abordó específicamente el tema de los medios alternativos de resolución de conflictos en Bolivia, siendo que, con anterioridad a la misma, la mención al arbitraje se encontraba aneja a diferentes Códigos o normas cuyo contenido general estaba referido a otros ámbitos del Derecho: civil, comercial, laboral, entre otros²¹.

Lo anterior no quiere decir que no se hubiese hecho alusión directa, incluso constitucional, a formas de conciliación y jurisdicción conciliadora que, al decir de AGUIRRE & AGUIRRE (2010) eran constituidos

19 Para mayor información dirigirse a la web de la Procuraduría General del Estado. Fecha de consulta electrónica: 12 de agosto de 2014. Fuente: <http://www.procuraduria.gob.bo/index.php/marco-legal/leyes-y-tratados-bilaterales-de-inversion>.

20 Específicamente, la vigencia de la Ley N° 1770 data desde el 10 de marzo de 1997; sin embargo, su publicación es de 11 de marzo del mismo año. Para mayor información, remitirse a la Gaceta Oficial de Bolivia: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/editions/view/1985>.

21 Sobre los antecedentes del arbitraje en Bolivia, recomendamos revisar un artículo de LEDEZMA ROJAS, GASTÓN, publicado en Scielo, Revista Ciencia y Cultura N° 10, La Paz, marzo de 2002. Referencia electrónica: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2077-33232002000100003&script=sci_arttext. En este artículo el autor hace una descripción de los antecedentes legislativos del arbitraje en Bolivia – no así de la conciliación – desde los antecedentes primigenios, como son las Leyes de Partida, la Novísima Recopilación, pasando por las normas de la República, a partir del año 1825 y siguiendo con los denominados Códigos “Santa Cruz” (las comillas son propias), siendo que el Código de Comercio actual boliviano, que data del año 1977, fue la norma que, con mayor profundidad, se refirió al peritaje y arbitraje, en el ámbito propiamente comercial, a partir del art. 1472 y siguientes.

mediante los denominados Jueces de Paz, así como la alusión, en las primeras normas de organización judicial, procedimental civil y sustantiva mercantil una referencia a la jurisdicción arbitral²². Sin embargo, como señalamos anteriormente, la Ley 1770 se convierte en la pionera y único referente específico de medios alternativos de solución de conflictos basada en la conciliación y el arbitraje.

De acuerdo a su contenido, la Ley N° 1770 abarca dos formas de resolución de conflictos que son la conciliación y el arbitraje, aunque francamente aborda mayoritariamente esta segunda figura, desde sus principios rectores, materias arbitrables y no arbitrables, así como el procedimiento de las etapas pre y arbitral, propiamente, hasta los efectos del laudo y mecanismos de impugnación del mismo.

Refiriéndonos a las reglas del arbitraje comercial internacional, señalaremos que parte del contenido de los artículos de la Ley N° 1770 han recogido lo establecido en la Ley Modelo CNUDMI o UNCITRAL²³ –por sus siglas en español o inglés, respectivamente– respecto a este tema; sin embargo, consideramos que debió legislarse de forma independiente sobre el arbitraje comercial internacional, recogiendo los preceptos internacionales sobre la materia o siguiendo el modelo de la Ley de CNUDMI²⁴ en una norma separada.

Aun así, algunos autores consideran que la promulgación de esta Ley logra que inclusive el actual Estado Plurinacional se encuentre inserto en las corrientes modernas de la materia; aunque también admiten que, con la promulgación de la actual C.P.E., esta tendencia variará por una

22 De igual manera, para mayor documentación histórica sobre las formas de resolución de conflictos en Bolivia, se aconseja el artículo de AGUIRRE, CAROLINA y AGUIRRE, FERNANDO. *El arbitraje comercial internacional en Bolivia*. En CASTILLO FREYRE, MARIO. *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica* Palestra Editores, Perú. 2010.

23 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o United Nations Commission for the Unification of International Trade Law, respectivamente.

24 La ley Modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional data del año 1985, con enmiendas aprobadas el año 2006. Puede consultarse su contenido en el siguiente enlace: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

de tinte fuertemente nacionalista (AGUIRRE *et. al.* 2010). Y ello es, efectivamente así.

En lo que importa al análisis de este artículo, en relación a la Ley N° 516, se debe señalar lo que establece la Ley N° 1770, de conciliación y arbitraje, sobre la forma de resolver los conflictos en el ámbito internacional, aclarando que dicha ley abarca el campo comercial, bajo el Título: *Del arbitraje comercial internacional* a partir del artículo 71, que precisamente sostiene que el arbitraje será de carácter internacional cuando: a) al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes; b) el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto de la controversia tenga una relación más estrecha se encuentre fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos y, c) las partes hubieren convenido expresamente que la materia arbitrable está relacionada con más de un Estado.

Ahora bien, debemos analizar si el apartado de arbitraje comercial internacional, contenido en la Ley N° 1770, se refiere a la resolución de conflictos internacionales de naturaleza pública, privada o de integración. De acuerdo a LONGARIC (2014) estos son los tres tipos de conflictos que pueden suscitarse dentro las controversias internacionales. Los primeros —de naturaleza pública— son aquellos derivados de las relaciones interestatales y/o con otros sujetos de Derecho Internacional Público²⁵ (p. 2), para lo cual se cuenta con varios instrumentos legales suscritos y/o ratificados por Bolivia, entre los que tenemos las Convenciones de La Haya (de 1899, 1907), el Pacto de Bogotá (1948) y los Tratados previstos en el artículo 72 de la Ley N° 1770 que, a modo de complementación normativa, se aplicarán sin perjuicio de las disposiciones contenidas en la mencionada ley²⁶. Añadiendo además, que el

25 Sobre este punto, referido al arbitraje como medio de solución de conflictos en el ámbito público internacional, se recomienda, entre otros, la obra de KAREN LONGARIC titulada: *Solución pacífica de conflictos entre Estados. Conceptos y estudios de casos en América Latina*. Fundación PIEB. La Paz, Bolivia, 2014.

26 Nos estamos refiriendo a los siguientes instrumentos: Convenio Interamericano sobre "Arbitraje Comercial Internacional", aprobado en Panamá el 30 de enero de 1975; Convenio sobre "Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", aprobado en Nueva York el 10 de junio de 1958; Convenio Interame-

artículo 76 de la Ley N° 1770 establece la validez del convenio arbitral, sin la posibilidad de ser cuestionada u objetada, en supuesto amparo el ordenamiento jurídico interno o de falta de capacidad para ser parte del convenio arbitral, cuando hubiese sido celebrado válida y legalmente por *el Estado Boliviano o cualquier otra persona jurídica nacional de Derecho Público*.

Lo anterior supone un problema de gran envergadura, a la luz del fundamento constitucional de la Ley N° 516 de inversiones. Señalamos esto siendo plenamente conscientes que el precepto del artículo 76 *ut supra* no es específicamente aplicable a conflictos de inversiones, suscitados entre un particular –persona colectiva privada, mixta o pública– y el Estado receptor de una inversión, así como a los convenios emergentes de dicha relación, sobre todo en lo concerniente a los denominados TBI,²⁷ pero que, sin embargo, es la referencia inmediata en una ley nacional que contempla una mención clara de la validez del convenio arbitral, tomando en cuenta al Estado boliviano o sus instituciones, como sujetos de Derecho Público, en el ámbito internacional. De acuerdo a los presupuestos constitucionales y a la propia Ley N° 516 de inversiones, el nuevo Estado Plurinacional no podría suscribir un convenio arbitral que implique resolver una controversia de tipo internacional que cuya jurisdicción se encuentre fuera del ámbito nacional.

Esto nos lleva a recordar la pregunta final del punto 2. precedente ¿cuál sería la validez de los convenios arbitrales y/o tratados internacionales que contemplen la participación del Estado boliviano, suscritos con anterioridad a la actual C.P.E.? Asimismo, sumamos una interrogante en sentido de valorar si el Estado Boliviano podría negarse a participar en arbitrajes internacionales argumentando que los tratados

ricano sobre "Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros", previa ratificación, aprobado en Montevideo el 8 de mayo de 1979. No mencionamos el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y naciones de otros Estados, de 1965, que fue denunciado por Bolivia.

27 De acuerdo a la definición aportada por Jones Day un TBI es un "Instrumento jurídico suscrito entre Estados, en representación de sus súbditos, mediante el que dotar al inversor extranjero en un país determinado de derechos adicionales a los reconocidos en ese ordenamiento jurídico foráneo por su eventual legislación en inversión extranjera" en La solución de controversias de inversión. Pág. 3.

anteriores a la C.P.E. de 2009 ya no son válidos? Más aún si se toma en cuenta que la Disposición Transitoria Novena de la Constitución establece la obligación del Ejecutivo de renegociar, en el plazo de 4 años a partir de su promulgación, los Tratados Internacionales que sean contrarios a dicha norma suprema, plazo que ha vencido a fecha actual y no sabemos en qué situación se encuentran dichos instrumentos.

Este panorama representa una situación difícil para Bolivia, desde el punto de vista de la asunción de sus obligaciones internacionales. El hecho de que un Estado invoque su legislación interna, así sea constitucional, para justificar la imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones va en contra de lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁸ que, si bien no ha sido ratificada por Bolivia, no podemos dejar de reconocer que el Derecho de los tratados emerge de la costumbre internacional, siendo ésta una fuente fundamental a la hora de establecer las pautas internacionales básicas que rigen el Derecho Internacional común a los Estados, incluido el Boliviano.

En concordancia, la Ley N° 401, de celebración de Tratados, incluye entre sus principios aquellos establecidos en la Convención de Viena, como son el *pacta sunt servanda* (la palabra dada debe cumplirse), el *ex consensu advenit vinculum* (del consentimiento de las partes devienen las obligaciones) e incluso el *jus cogens* (ley para los sujetos del Derecho Internacional) que se aplican al ámbito de este artículo.

Respecto a lo anterior, AGUIRRE *et.al.* comenta que, si bien la abrogada norma constitucional —y sus consiguientes modificaciones— previa a la actual C.P.E. no reconocía de manera expresa el arbitraje, sin embargo, permitió la plena vigencia, eficacia y validez de la Ley N° 1770 de conciliación y arbitraje, reconocida por el Tribunal Constitucional a través de la declaración de improcedencia de varios recursos de inconstitucionalidad planteados contra el Convenio CIADI y los TBIs en sentido de crear mecanismos arbitrales no admitidos en la Constitución (p. 104).

²⁸ De acuerdo al artículo 27 de la Convención de Viena: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

Después de lo anteriormente dicho, parece ser que la respuesta debe buscarse en principios propiamente constitucionales. Uno de estos principios se basa en el efecto derogatorio que conlleva la norma suprema del ordenamiento que, en muchos países, se establece expresamente como cláusula derogatoria, en las disposiciones finales. En el caso de la C.P.E. de 2009 no fue así; sin embargo, no podemos dejar de lado los efectos derogatorios intrínsecos que conlleva que cualquier norma *infra* constitucional del ordenamiento jurídico contradiga lo establecido por la Constitución. El problema de ello es saber quién o quienes pueden determinar el efecto derogatorio de una norma o un tratado internacional, cuyo rango jerárquico es de ley nacional o si ésta opera *ipso iure*, así como el incumplimiento a obligaciones internacionales que dicho efecto derogatorio implicaría frente a los tratados suscritos y ratificados.

En el caso boliviano, al haber optado por un sistema de control concentrado, a través de una jurisdicción constitucional centralizada, especializada, con independencia funcional²⁹ señalaremos que los jueces nacionales no podrían decidir sobre la derogación o abrogación de normas que consideren en contradicción con los preceptos constitucionales, sobre todo en relación a la totalidad de normas pre constitucionales y, nos adelantamos, también pos constitucionales. Lo que cabría en este caso, al decir de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (1985) es la posibilidad de que los jueces dejen de aplicar una norma pre constitucional si entienden que la misma se opone a la Constitución o, en caso de duda, podrán resolver la cuestión bajo una cuestión de constitucionalidad, siendo el Tribunal Constitucional el único con facultades de declarar la constitucionalidad o no de una norma o tratado internacional, entre otros (p. 5).

La diferencia en el primer caso es que la inaplicación por parte de los jueces no creará el efecto *erga omnes* que la decisión de un Tribunal Constitucional, *cumpliendo la importante función... de depurar el*

29 Al respecto, se recomienda leer los trabajos de autores como JOSÉ ANTONIO RIVERA, en Temas de Derecho Constitucional. Olimpo Editora, Bolivia. 2012 y, un estudio específico realizado por JUAN CARLOS SÁNCHEZ LORA titulado: *Estudio sobre el constitucionalismo boliviano*. El caso de Venezuela, Ecuador y Bolivia por Revista de Derecho Público N° 129, enero marzo 2012. Editorial jurídica venezolana, pp. 55-92

ordenamiento, resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse.

Es decir, no opera *ipso iure* el hecho de que exista una contradicción entre el artículo 76 de la Ley N° 1770 y las disposiciones constitucionales que establecen que la resolución de conflictos debe resolverse en el territorio nacional, proponiendo, a manera de solución legal, leyes domésticas a tal efecto, como es el caso de la Ley N° 516 de promoción de inversiones y la Ley N° 401 de celebración de tratados, a manera de ejemplo.

Retomando la tipología de conflictos internacionales —descrita por LONGARIC— señalaremos que en el segundo grupo se encuentran aquellas controversias derivadas de relaciones privadas, en el marco del Derecho Internacional Privado. En este sentido, la ley de conciliación y arbitraje abarca aspectos esenciales de este tipo de relación jurídica, referidos, por ejemplo, a las normas aplicables al fondo y a la forma que deberán ser aplicadas por el Tribunal Arbitral en un arbitraje comercial internacional; sin embargo, no contempla específicamente las controversias derivadas de inversiones de particulares en un país extranjero, aunque se debería considerar como análogos determinados preceptos, referidos al acuerdo arbitral, que también motivó los comentarios del primer tipo de conflictos, correspondientes al ámbito internacional público.

Al respecto, LONGARIC *et. al.* establece que, en ambos casos —incluyendo el arbitraje de controversias emergentes de contratos de inversión extranjera o también denominado por esta autora como de *iure gestione*— se deben tomar en cuenta los principios de *separabilidad o autonomía y autosuficiencia* (p. 30). En el primer caso, la potencial invalidez del contrato no determina la invalidez del acuerdo arbitral. De hecho, este precepto también es recogido en nuestra ley, cuyo artículo 11 establece claramente la autonomía del convenio arbitral, incluso si se ha declarado la nulidad del contrato principal, sumado a la facultad que tiene el Tribunal Arbitral de decidir acerca de su propia competencia³⁰ de acuerdo al artículo 32. Este aspecto también es concordante con el

³⁰ *Kompetenz de la kompetenz.*

artículo 16 de la Ley modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional³¹.

En lo referente al segundo caso, por el principio de autosuficiencia se atribuye al compromiso arbitral la total suficiencia, sin necesidad de otro acuerdo, para tener aplicación inmediata. De hecho, este principio ha inspirado a tratados internacionales de los cuales Bolivia forma parte, como son la Convención de Nueva York de 1985, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos internacionales y la Convención de Panamá de 1975, sobre arbitraje internacional.

Ahora bien, en el punto específico del arbitraje de inversiones, nos parece adecuado el criterio de DE TRAZEGNIES *et. al.* en sentido de señalar que constituye una nueva categoría que no era conocida en el siglo XIX y que aparece más bien a finales del siglo XX. Esta figura se aparta del arbitraje comercial internacional, siendo parte del campo de los negocios, pero constituyendo una figura independiente dentro del comercio (2007). En este sentido, también podemos hacer referencia a determinada regulación multilateral en la que Bolivia es —o ha sido— partícipe.

Como ejemplo de lo anterior, citamos la adhesión de Bolivia al Convenio de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversión —CIADI— ratificado por Ley N° 1593³² y denunciado el año 2007, haciéndose efectiva su retirada, de acuerdo al plazo y procedimiento establecido en el Tratado. A través del Convenio CIADI Bolivia tenía legitimación activa y pasiva para ser parte de lo que SÁNCHEZ (2011) denomina como arbi-

31 De acuerdo a la Ley modelo CNUDMI, textualmente el artículo 16 establece: Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia: 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

32 Publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia en fecha 09 de septiembre de 1994. Edición N° 1847. Para mayor referencia: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/1847>

traje mixto³³ en sentido de considerarse como una corriente alternativa que no pertenece ni al ámbito público ni privado y que ha probado su eficacia en la resolución de este tipo de controversias en países como México (p. 268).

Por otro lado, Bolivia también suscribió el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de inversiones –MIGA– de 1985, ratificándolo a través de la Ley N° 1126³⁴

En todos los casos anteriores, nos enfrentamos a idéntico problema sobre la validez de los tratados internacionales, en esta ocasión, específicamente de inversiones, suscritos con anterioridad a la C.P.E. de 2009.

Finalmente, el último tipo de conflicto se encuentra referido al ámbito de procesos de integración, entre los que encontramos normas de Derecho Originario y, sobre todo, de Derecho Derivado, relativas a inversiones que, por su amplitud, no abordaremos en el presente trabajo.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FUTURA LEY DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Inicialmente, si bien ha vencido el término propuesto por la Ley N° 516, para la elaboración de una ley de conciliación y arbitraje, acorde a su contenido y a otros aspectos que eran de necesaria actualización en dicha norma, tenemos información y acceso al anteproyecto que actualmente se está elaborando, siendo que en el mismo tampoco se toman en cuenta los Tribunales Arbitrales o jurisdicciones internacionales en las que potencialmente pueda participar Bolivia. Por tanto, todo asunto relativo a conflictos de inversiones deberá ser solucionado por jueces

33 Para mayor referencia sobre este término se recomienda la lectura del artículo de SÁNCHEZ GARCÍA, ARNULFO, "la función de los APPRI's en el arbitraje de inversiones" En GONZALO QUIROGA, MARTHA, GORJÓN GÓMEZ, FRANCISCO JAVIER (Edits.) y SÁNCHEZ GARCÍA, ARNULFO (Coord.) "Métodos alternativos de solución de controversias: herramientas de paz y modernización de la justicia", Dykinson, España. 2011.

34 Publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia en fecha 19 de enero de 1990. Edición N° 1633. Para mayor referencia: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/1633>

y árbitros de jurisdicción y competencia nacional, siendo que así se establece en la exposición de motivos del anteproyecto: *Legislando para tal objeto una norma especializada que permita a los inversores extranjeros resolver sus controversias por la vía del arbitraje aplicando reglamentos nacionales y los que así conviene a los efectos de proteger los intereses del Estado*³⁵.

Este aspecto, junto con otros, ha sido tomado en cuenta en el 1er encuentro nacional de Centros de Arbitraje y Conciliación de las Cámaras de Comercio e Industria de Bolivia³⁶ cuya Acta ha sido puesta en consideración del Ministerio de Justicia y cuyas recomendaciones, consideramos, son de especial importancia al sumarse a un conjunto de sustanciales impulsos que han otorgado las Cámaras de Comercio, Industria, Exportadoras a nivel latinoamericano, por ejemplo, en los países de Chile, Colombia, Perú y otros³⁷.

En relación a sus comentarios, el encuentro nacional establece, en el punto N° 42 del Acta, la recomendación sobre la forma de regular el arbitraje internacional y de inversiones, siguiendo los parámetros sugeridos en la Ley Modelo CNUDMI, juntamente con el arbitraje nacional o doméstico —aspecto que, como señalamos anteriormente, no compartimos al considerar que debería legislarse de manera separada— y que además se tome en cuenta *el principio internacional que exige dar a los extranjeros las mismas condiciones que a los nacionales...* así

35 Somos conscientes que simplemente se trata de un anteproyecto de ley que puede ser modificado, aun así, nos sirve para el debate académico.

36 Evento que fue llevado a cabo en la ciudad de La Paz, Bolivia, el 05 de mayo de 2014 y que contó con la participación de los representantes del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba, del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Oruro, del Centro de Arbitraje, Conciliación y Mediación de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de Tarija; del Centro de Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de Chuquisaca, resultado del cual se cuenta con un Acta de las decisiones y/o sugerencias arribadas en dicha reunión.

37 Asimismo, la participación y relevancia de aportes de dichas Cámaras también encuentra su aporte de mayor trascendencia al pertenecer a la Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio (AICO) de la cual la mayor parte de las Cámaras de Bolivia, asistentes al encuentro del 05 de mayo presente, se encuentran afiliadas.

como la intervención de entidades de arbitraje internacional, como ser la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), entre otras.

Consideramos que la base de las propuestas efectuadas, en sentido de la multiplicidad de opciones de foros de arbitraje sobre inversiones, responde a lo que SÁNCHEZ (2011) señala como una gama de opciones a favor del inversor sobre el foro que más le convenga para solucionar la controversia –citando asimismo el ejemplo de México, en cuanto a la suscripción de un APPRI con la India y España, que prevén el arbitraje CIADI y las reglas CNUDMI de arbitraje alternativamente– y con cuyo criterio comparte DE TRAZEGNIES (2007) al recordar que si bien la Convención de WASHINGTON de 1965, por la que se creó al CIADI, establece una especie de cláusula CALVO, la diferencia es que no se someten a los tribunales nacionales los conflictos proveniente de las inversiones, sino que este fuero es sustituido por una jurisdicción arbitral netamente internacional que permite, al decir de SÁNCHEZ (2011), la relación inversor-Estado de manera directa, sin involucrar al Estado del cual es nacional el inversor.

A pesar de lo anterior, el anteproyecto de ley de conciliación y arbitraje establece un capítulo exclusivamente dedicado al arbitraje de inversiones; sin embargo, la expectativa que se tenía sobre su contenido, de la forma como está redactado, no complementa nada en relación a lo establecido por la Ley N° 516, puesto que sólo se cuenta con dos artículos –el 130 y 131– que establecen, básicamente, el ámbito de aplicación del arbitraje de inversiones (aunque se trata más de una definición que un ámbito de aplicación), sus principios rectores –respeto mutuo, equidad, veracidad, neutralidad, equidad para las partes, celeridad, legalidad, economía y aceptabilidad mutua– aparte de los principios establecidos en la Ley N° 516, así como la repetición de que *toda controversia emergente de una inversión nacional o extranjera estará sometida a la jurisdicción del Estado Plurinacional de Bolivia, a sus leyes y a sus autoridades y especialmente a la presente ley* siendo la ley aplicable de fondo la C.P.E., las leyes y reglamentos del *ordenamiento jurídico boliviano* (el subrayado es nuestro).

En este punto, si retomamos el criterio de los párrafos anteriores, en sentido de poner a consideración del inversor más de una posibilidad de acceso a mecanismos de resolución de conflictos de inversiones, podríamos admitir que la redacción del anteproyecto —sustentado en el ya mencionado artículo 320 de la C.P.E.— es perfectamente válida por constituir una de las opciones elegible por el inversor. El problema radica en que sea la única vía válida que tengan los inversores para la solución de conflictos en un país en el que cobra legitimación procesal precisamente por el hecho de ser nacional de un Estado distinto del Estado receptor de la inversión que, en este caso, es Bolivia. Aun así, en esos casos, se da la posibilidad de una vía amistosa previa, de acuerdo a lo sostenido por DIEZ-HOCHLEITNER (2005)³⁸.

Se deja nuevamente establecido, en clara alusión a la Disposición Transitoria Novena de la C.P.E., que los tratados concernientes a inversiones que sean negociados y suscritos por el Estado Plurinacional de Bolivia deberán aplicar los mecanismos de solución de controversias previstos en esta potencial norma de conciliación y arbitraje. En este punto, cabe preguntarse si ¿será que el legislador ha otorgado un plazo mayor al de cuatro años establecidos en la disposición mencionada, sólo a efectos de negociar los tratados de inversiones? De inicio, la respuesta debería ser negativa, por el rango *infra* constitucional de la futura norma.

Finalmente, la Disposición Final Cuarta del anteproyecto establece un nuevo mandato a la Procuraduría General del Estado para proponer, al órgano Ejecutivo, el Reglamento de la ley, en el plazo de ciento ochenta días.

Cerramos este artículo sosteniendo que el tema es, esencialmente jurídico y parece ser eminentemente político, de corte internacional. De hecho, nos recuerda a una frase de ALEXY (2010), en su Derecho y razón práctica, al referirse a un complejo modelo como base de la teoría de la argumentación jurídica: *Al amplio campo de lo discursivamente*

38 El autor comenta sobre la posibilidad que existan vías de resolución de controversias que vayan desde un arreglo amistoso, pase por la posibilidad de acudir obligatoriamente a los Tribunales nacionales y, en caso de que exista retardación de justicia, se pueda acudir al arbitraje.

posible no puede corresponder un campo igualmente amplio de lo jurídicamente permitido... Por tanto, el tema no está agotado.

5. BIBLIOGRAFÍA.

- AGUIRRE U., CAROLINA y AGUIRRE B., FERNANDO. *El arbitraje comercial internacional en Bolivia*. En CASTILLO FREYRE, MARIO. *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica* Palestra Editores, Perú, 2010.
- ALEXY, ROBERT, *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara S.A. México. 4º edición. 2010.
- ANAYA ARMIJO, IVÁN, *La responsabilidad precontractual en Bolivia*. Tesis para optar a la Maestría en derecho Civil. Universidad Mayor de San Simón. Bolivia. 2013.
- ANCOS, HELENA y VICENTE, DÁMASO JAVIER. *La promoción de la responsabilidad social en los Tratados de inversión: los casos de Bolivia y Venezuela*. Serie de Avances de Investigación N° 30. Publicación Electrónica, Fundación Carolina, Madrid. 2009.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Plural Editores. Bolivia. 2013.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. *Arbitrando la inversión*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, N° 2. 2007.
- DIEZ-HOCHLEITNER RODRIGUEZ, JAVIER. *Protección Diplomática v. Arbitraje de Inversiones* En CAFLISCH, LUCIUS, BERMEJO GARCÍA, ROMUALDO, DÍEZ-HOCHLEITNER RODRIGUEZ, JAVIER, GUTIERREZ ESPADA, CESÁREO (Coords.) *Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores Liber Amicorum* JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid. 2005.
- FERNANDEZ ROSAS, JOSÉ CARLOS. *Una década de consolidación comercial del arbitraje en América Latina*. Revista Latinoamericana de mediación y arbitraje. Universidad Complutense de Madrid, España. 2010.

La Ley N° 516 de Promoción de Inversiones y su Análisis

- FERREIRA QUEVEDO, SARA. *La Ley N° 401 y su análisis en relación a la constitucionalidad y Derecho Comunitario*. Revista virtual del Instituto de Estudios Internacionales IDEI Bolivia. Publicación electrónica. Año 4, N° 76. 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Publicación electrónica. 3era edición. 1985.
- LEDEZMA ROJAS, GASTÓN. *El arbitraje en Bolivia*. Revista Ciencia y Cultura. Publicación electrónica. N° 10. Bolivia. 2002.
- LONGARIC, KAREN. *Solución pacífica de conflictos entre Estados. Conceptos y estudio de casos en América Latina*. PIEB. Bolivia. 2014.
- RIVERA, JOSÉ ANTONIO. *Temas de Derecho Constitucional*. Olimpo Editora. Bolivia. 2012.
- SÁNCHEZ GARCÍA, ARNULFO. *La función de los APPRIS en el arbitraje de inversiones*. EN GONZALO QUIROGA, MARTHA, GORJÓN GÓMEZ, FRANCISCO JAVIER. (Edits.) y SÁNCHEZ GARCÍA, ARNULFO (Coord.). *Métodos alternativos de solución de controversias: herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson, España. 2011.
- SÁNCHEZ LORA, JUAN CARLOS. *Estudio sobre el constitucionalismo bolivariano. El caso de Venezuela, Ecuador y Bolivia*. Revista de Derecho Público N° 129. Editorial jurídica venezolana. 2012.
- Ley modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf
- Constitución Política del Estado. 2009. Gaceta Oficial de Bolivia en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/NCPE>
- Ley N° 516, de promoción de inversiones. Gaceta Oficial de Bolivia en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/633NEC>
- Ley N° 1182. Gaceta Oficial de Bolivia en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/1662>
- Ley N° 1770, de conciliación y arbitraje. Gaceta Oficial de Bolivia en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/1985>

DERECHO INTERNACIONAL Y CONTEXTO LEGAL MEXICANO DURANTE LA NEGOCIACIÓN DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN).

VERA PATRICIA PRADO MAILLARD¹

Universidad Autónoma de Nuevo León

SALVADOR GERARDO GONZÁLEZ CRUZ²

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. En este capítulo se realiza un análisis del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Se comienza desde la perspectiva del sistema internacional, con los cambios que se dieron a partir de la finalización del período de la Guerra Fría hasta los cambios que se realizaron en México para la negociación del mismo, dando énfasis en dos objetivos que el mismo buscaba que se cumplieran para beneficio de México: 1) Lograr un rápido crecimiento económico y 2) recuperar el grado necesario para atraer inversión extranjera al país.

- 1 Secretaría para Acreditaciones y Tecnología Educativa y Líder del Cuerpo Académico Mercados y Estudios Regionales Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública. Doctora en Filosofía con Orientación en Relaciones Internacionales, Diplomacia y Negociación. Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestra en Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Licenciada en Ciencias de la Información y Comunicación, Universidad de Monterrey. Profesor de tiempo completo de los programas de Licenciatura y la Maestría en Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública de la UANL.
- 2 Candidato a Doctor del Programa en Filosofía con Orientación en Ciencia Política. Secretario Académico de la Licenciatura en Relaciones Internacionales. Profesor con Perfil PROMEP. Miembro del Consejo Técnico de Diseño del Examen de Egreso de la Licenciatura en Relaciones Internacionales convocado por el Centro Nacional Evaluación de la Educación Superior, A.C. "CENEVAL". Miembro de la Comisión Académica de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública de la UANL. Profesor de Tiempo Completo de los programas de Licenciatura y Maestría en Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública de la UANL., Master in Administration and Management por la Universidad de Hamline en Saint Paul, Minnesota y Licenciatura en Derecho y Ciencias Sociales por la UANL.

Palabras clave: Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), sistema internacional, relaciones bilaterales, relaciones diplomáticas, sistema político.

Key words: *North American Free Trade Agreement (NAFTA), international system, bilateral relations, diplomatic relations, political system.*

Sumario: 1. Introducción; 2. Relaciones bilaterales México-Estados Unidos antes del TLCAN; 3. Prospectiva mexicana política-comercial; 4. Cambios en el Sistema Político y en las Relaciones Diplomáticas de México de Cara a la Negociación Del TLCAN; 5. Estructura del Marco Constitutivo del TLCAN; 6. Conclusiones; 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se muestran los cambios que se han desarrollado en el sistema político mexicano para la implementación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual entró en vigor el 1° de enero de 1994, y lo integran Canadá, Estados Unidos y México. El objetivo de este capítulo es explicar la manera en que se negoció el TLCAN y cómo se fue implementando cada una de las secciones que lo conforman y que a largo plazo generarían un beneficio para México.

Abordaremos el desarrollo histórico del comercio bilateral entre México y Estados Unidos; los intentos fallidos de realizar acuerdos, sin lograr ningún beneficio para cualquiera de los dos países. En la segunda parte, se desarrolla una prospectiva del TLCAN, destacando lo que cada uno de los gobernantes esperaba obtener como beneficio del tratado; haciendo énfasis en el caso mexicano y en todos los cambios que ocurrieron en su sistema político para poder integrarse con éxito al TLCAN. Desde la integración de México al GATT hasta la liberación total de los aranceles durante el desarrollo del primer tratado de libre comercio, firmado por México.

Se analizan los cambios que ha tenido el sistema internacional y los cambios que se tuvieron que implementar en México para la negociación del tratado. Dando énfasis en dos objetivos que el mismo buscaba que se cumplieran para beneficio de México: 1) Lograr un rápido

crecimiento económico y 2) Recuperar el grado necesario para atraer inversión extranjera al país.

Por último se hace un análisis de la estructura del marco constitutivo del TLCAN. Se presentan los objetivos que se deberían de cumplir durante el desarrollo del tratado. El TLCAN fue parte de un proceso de una reforma estructural integral en México, por lo que algunas leyes fueron modificadas y estructuradas para poder implementar lo ratificado en el TLCAN.

2. RELACIONES BILATERALES MÉXICO-ESTADOS UNIDOS ANTES DEL TLCAN

AVELLA (2008), menciona que la relación entre México y Estados Unidos comenzó de manera informal, sin embargo desde el momento que se firmó la Doctrina Monroe en 1823, Estados Unidos comenzó a presionar para firmar un tratado comercial con México. La redacción de tal Convenio estaba en función de las leyes estadounidenses y el hecho de que México no contara con una Marina Mercante quedaba en desventaja comercial con el vecino país.

A mediados de 1825 J.R. POINSETT, el Primer Ministro estadounidense en México, entabló pláticas con el Gobierno mexicano, en donde se negociaba el primer tratado comercial. México establecía dos puntos que Estados Unidos los veía como de conflicto, la inclusión de la cláusula de la nación más favorecida y la intención de México de dar más prebendas a los países sudamericanos que a su contraparte estadounidense.

En Washington, el 5 abril de 1835, se ratificó el Tratado de Amistad, Navegación y Comercio entre Estados Unidos y México, en el cual se incluía la cláusula de la nación más favorecida. El compromiso de México de brindar protección militar a las caravanas que viajaron de Missouri a Santa Fe y el regreso. También el deportar hacia Estados Unidos esclavos y fugitivos que hubieran entrado a nuestro territorio.

Durante el gobierno de PORFIRIO DÍAZ se permitió la entrada de capital extranjero al país, en donde la economía mexicana iba creciendo. Lo anterior se reflejó, entre otras cosas, en la denuncia y renovación de

viejos acuerdos comerciales de 1880, entonces las autoridades mexicanas decretaron la suspensión del primer tratado comercial entre México y los Estados Unidos, el Tratado de Amistad, Navegación y Comercio. En 1882, a petición de los Estados Unidos, se inició la negociación de un nuevo acuerdo comercial el cual finalizó firmándose en 1883. AVELLA (2008) comenta que a diferencia del primer tratado, el nuevo se antepuso en importancia la reciprocidad a la cláusula de la nación más favorecida, e hizo a un lado los derechos mercantiles de los extranjeros y el tema de los privilegios consulares. El acuerdo no incluía los sectores productivos más relevantes de México por lo que no los perjudicaba y desde la óptica mexicana, constituía la oportunidad de incrementar las exportaciones hacia la Unión Americana. Sin embargo, no se estaba muy de acuerdo con la firma del mismo. A pesar de que no se tenía un convenio firmado, los vínculos entre ambos países se fortalecieron con el paso del tiempo.

AVELLA también comenta, que cuando PORFIRIO DÍAZ tomó el poder, la economía estaba basada en el sector agrícola, había pocas señales de industrialización así como de grupos de intelectuales activos y capaces, como abogados, médicos, profesores y escritores. El grupo de terratenientes tenía poco interés en desarrollar la economía de México. Sin embargo, el gobierno de PORFIRIO DÍAZ tomó todas las medidas necesarias para alentar grandes cantidades de inversiones extranjeras en México, con la teoría de que el capital, habilidades y mercados de que disponían los extranjeros, eran muy importantes para el crecimiento de esta nación.

Según RAYMOND VERNON, en su libro *Dilema del Desarrollo Económico de México* menciona que el concepto Porfiriano es una tricotomía:

- 1) El gobierno era el encargado de mantener las condiciones que atraerían el capital extranjero.
- 2) El sector privado extranjero promovería el crecimiento del país por medio de la inversión.
- 3) El sector privado nacional se beneficiaría con las actividades creativas de los extranjeros.

El 30 de enero de 1943, entró en vigor el primer Pacto *Suarez y Bate-man* que se firmó entre México y Estados Unidos, el cual era referente a la venta de productos mineros mexicanos. El tratado incluyó la cláusula de la nación más favorecida en su manera incondicional, aunque se deshabilitó en determinados casos.

De los tres capítulos que componían el tratado, en uno se exponía sobre la entrada a México de 203 productos estadounidenses, como trigo, maquinaria y vehículos, modificando sus aranceles. Los otros dos capítulos se tipificaban sobre la entrada de 103 productos mexicanos a Estados Unidos. Cabe mencionar que México no era el principal abastecedor de los bienes en los que Estados Unidos modificó los aranceles.

El acuerdo siguió vigente hasta 1950, dejando de ser funcional después de la Segunda Guerra Mundial. México adoptó una medida proteccionista y en 1947 introdujo un sistema de licencias de importación y convirtió las tarifas arancelarias específicas en tarifas *ad valorem*³. Desde ese año hasta principios de los setentas, se manejó una política de proteccionismo, en donde se trataba de proteger los productos mexicanos de los extranjeros. Lo que daba como resultado productos que no tenían nivel competitivo con las empresas internacionales.

JULIO A. MILLÁN B, define tres períodos en el desarrollo de México. El primero, de 1934 a 1970, se apoyó a la agricultura y a la industria en una economía proteccionista, el cual permitía muy poco las importaciones hacia México con la finalidad de proteger el capital nacional.

El segundo período abarca de 1971 a 1999, durante las presidencias de LUIS ECHEVERRÍA, JOSÉ LÓPEZ PORTILLO, MIGUEL DE LA MADRID y parte del sexenio de CARLOS SALINAS DE GORTARI. Con los primeros dos presidentes mencionados, el enfoque principal del Gobierno era el desarrollo del país, para lo cual obtuvieron préstamos con intereses muy altos, lo cual hizo que se perdiera la estabilidad de México. Por lo tanto, a partir de 1983, se perdió tanto el desarrollo como la

3 En la tarifa específica se cobra un arancel fijo, independiente de la cantidad de mercancía importada o exportada, en la tarifa *ad valorem*, se cobra un porcentaje en función del precio del bien adquirido, de manera que se asegura el mantenimiento de los ingresos arancelarios dentro de un contexto inflacionario.

estabilidad del país porque la mayor parte del presupuesto se destinaba al pago de la deuda externa.

Dentro de este período, al ingresar México al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), estaba confirmando que se tenía que abrir a los mercados internacionales para salir del estancamiento comercial e industrial en el que se encontraba. Este era el primer paso para el impulso de México hacia el comercio internacional.

Pero aún se debían hacer más cambios internos, se debía disminuir la deuda externa, y crear las reformas políticas y económicas necesarias, una de las cuales y más importantes fue que se redujo el arancel de un 20% como máximo y a un 7% mínimo. Con este tipo de medidas se mejoraron las relaciones con Estados Unidos y se reestructuró la deuda externa.

Con estas acciones tomadas por CARLOS SALINAS DE GORTARI, el entonces Secretario de Programación y Presupuesto, las exportaciones hacia Estados Unidos comenzaron a crecer haciéndose más atractiva la inversión extranjera en México. Logrando de esta manera el desarrollo de sectores que crecían considerablemente como el de comunicaciones y transporte, de manufactura y el de turismo.

A pesar del avance que se tenía con el inicio de las relaciones bilaterales con Estados Unidos el sector agrícola se rezagaba, la esperanza en este sector era que cuando iniciaran las diferentes reformas agrícolas éste se recuperaría. Logrando tener un desarrollo como los sectores anteriormente mencionados en el párrafo anterior.

Por otro lado, en el sector automotriz Ford Motor Company y Nissan comenzaban a construir plantas con tecnología de punta en Hermosillo Sonora y en Aguascalientes, respectivamente, y estaba la expectativa de que otros fabricantes japoneses invirtieran más en este rubro. En este punto cabe mencionar que el gobierno mexicano aún no establecía estrategias para el recurso humano correspondiente.

Es por eso que el entonces presidente MIGUEL DE LA MADRID y el Secretario de Programación y Presupuesto CARLOS SALINAS DE GOR-

TARI decidieron acelerar el paso hacia la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Se iniciaron cambios dentro de las estrategias políticas, con la participación del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el tesoro de los Estados Unidos se inició lo que se podría llamar el camino hacia la globalización.

MILLÁN menciona tres factores de la cual dependerá la economía mexicana los siguientes doce años a partir de esa época:

1. La situación económica Internacional.
2. La política económica que se aplique en México.
3. El lugar que se le dé a la educación como factor determinante del verdadero desarrollo.

Durante el tercer período se maneja una época en donde se estanca el desarrollo y el crecimiento económico del país, el cual abarca desde 1983 hasta 1999. Sólo hasta después de entrar en vigor el TLCAN es donde se comienza a ver un desarrollo económico positivo.

3. PROSPECTIVA MEXICANA POLÍTICA-COMERCIAL

Cuando en 1991, los tres mandatarios de los países participantes en el TLCAN anunciaron la decisión de crear un acuerdo entre los tres Estados, cada uno dirigió en su discurso lo que creyó sería más beneficioso para su país. De esta manera destacaron los beneficios que se obtendrían cuando entrara en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

CARLOS SALINAS DE GORTARI mencionó que el TLCAN permitiría a México tener un mayor acceso al mercado estadounidense, el cual era y es el mercado de consumo más grande del mundo. Por lo tanto, la liberación del comercio y los flujos de inversión constituía el único medio para modernizar la economía mexicana. Para GUSTAVO PETRICIOLI, el entonces embajador de México en WASHINGTON, la firma del acuerdo de comercio sería de gran beneficio para México ya que permitiría incrementar las exportaciones e importaciones y como consecuencia crear

más empleos para los ciudadanos mexicanos. (*El Porvenir*, 25 noviembre 1990).

GEORGE W. BUSCH, mencionó que el TLCAN brindará una mano de obra barata y suficiente para cubrir las necesidades de las industrias estadounidenses que busquen ventajas comparativas. Como consecuencia de lo anterior, el costo de producción de las empresas de Estados Unidos disminuiría lo cual generaría mayores utilidades a las maquiladoras.

Según VEGA CÁNOVAS los objetivos del TLCAN son: tener acceso a los mercados de Estados Unidos y Canadá y eliminar las barreras que se tienen del mercado libre, estimulando el comercio trilateral. Durante la negociación se llegó al acuerdo de ir eliminando gradualmente las barreras tanto arancelarias como no arancelarias, estableciendo reglas de origen claras y precisas, se facilitaría el libre tránsito de productos en la región, se liberarían las compras gubernamentales y se eliminarían los obstáculos al comercio en sectores claves como la agricultura, los productos automotores entre otros.

Para los años 50's el Gobierno mexicano prohibió la importación de automóviles en su forma terminada, sólo permitía que ingresaran al país en autopartes, lo que provocó que se incrementara el establecimiento de ensambladoras en México, pero con todas las partes importadas. Por lo que la inversión extranjera en este sector se incrementó en ese momento. El Gobierno al notar lo que pasaba en la industria implementó varios decretos para poder impulsar un verdadero desarrollo nacional.

En 1983, la industria automotriz se manejaba con un déficit comercial de un 97%, por lo que se establecieron tres políticas, las cuales están establecidas en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 1983:

- 1) Los fabricantes de automóviles debían reducir el número de líneas y modelos de autos con el propósito de alentar a las compañías a utilizar economías de escala.
- 2) El contenido local de los vehículos acabados debía aumentar de 50 a 60%. En caso de no cumplir con este requerimiento la compañía

automotriz debería aumentar las exportaciones para hacer una compensación.

- 3) Los fabricantes de vehículos tendrían que equilibrar, en forma anual, las transacciones en moneda extranjera.

Al unirse México al *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), liberó el comercio en casi todos los sectores. Sin embargo, en el automotriz siguió aplicando una estricta reglamentación. No fue hasta el gobierno de Salinas de GORTARI que se realizaron otra serie de decretos cuyo objetivo era fortalecer la posición de la industria automotriz interna en el mercado internacional, lo cual se pretendía lograr mediante:

- 1) Liberar gradualmente el comercio, por lo cual los productores finales de automóviles de pasajeros, de acuerdo con tasas específicas derivadas del superávit comercial de las empresas. Esto afectaba a Ford, Chrysler, General Motors, Ford, Nissan y Volkswagen que eran las únicas marcas que se manejaban en ese entonces en México.
- 2) Reducir los requisitos de contenido local de 60 a 35%, para relajar los requerimientos de exportación.
- 3) Eliminar los requisitos de integración nacional para los vehículos exportados.

Durante las negociaciones del TLCAN, Estados Unidos y Canadá querían que México redujera el contenido local inmediatamente del 36 al 30%. Pero esta acción podría causar un déficit comercial de autopartes. Por lo que se acordó mantener el requisito de contenido local a cinco años, y después irlo desgravando gradualmente a diez años, lo cual ayudaría a que las empresas también tuvieran tiempo de renovar sus plantas de producción.

Los requisitos de la balanza comercial también se irían liberando de manera gradual durante el período de transición, sin embargo el fabricante debería mantener una balanza comercial positiva. Las importaciones tenían un tope del 20% del número total de vehículos que el fabricante vendía en el mercado nacional.

4. CAMBIOS EN EL SISTEMA POLÍTICO Y EN LAS RELACIONES DIPLOMÁTICAS DE MÉXICO DE CARA A LA NEGOCIACIÓN DEL TLCAN

Al finalizar la Guerra Fría se dio un cambio en el Sistema Internacional, originando el inicio al Sistema Internacional Contemporáneo o de Globalización. Con este cambio también surgieron nuevos modelos políticos, con los cuales se inició un proceso de innovación política que impactaba en el sector comercial, sobre todo de los países latinoamericanos. Este nuevo desarrollo político se sustenta en la teoría Neoliberalista, la cual dice que *el objetivo de la implementación del neoliberalismo es el crecimiento agregado de la economía; dicho crecimiento depende de la ausencia de la regulación así como de la apertura o liberalización del mercado, y de la privatización de toda actividad económica* (ÁVILA-FUENMAYOR, 2005: 6).

El fin de la guerra fría y el inicio de la globalización han tenido una influencia decisiva en los cambios de la planeación de la política exterior de los países latinoamericanos. No debemos olvidar que durante la época de la Guerra Fría en donde se aplicaba la teoría realista en su totalidad, el tema de comercio formaba parte de la *low politic*. En el nuevo Sistema Internacional este tema pasa a formar parte primordial para el desarrollo de los países.

En el período de Gobierno de MIGUEL DE LA MADRID, en México se iniciaron la realización de los cambios necesarios para direccionar al país hacia la nueva tendencia del Sistema Internacional. Pero fue en el mandato de CARLOS SALINAS DE GORTARI en donde se consolidó la entrada de México al comercio internacional con la firma del TLCAN, logrando así el cambio de un sistema mexicano totalmente proteccionista a uno liberal. Dando *“énfasis en permitir que el mercado se convirtiera en el mecanismo mediante el cual se asignara los recursos productivos y se definiera la magnitud y el rumbo del crecimiento económico”* (DELGADO, 1995).

Según VIOTTI (2010) el liberalismo se enfoca en los intereses que explican las condiciones bajo las cuales la cooperación y la colaboración internacional son posibles. Por lo que se pudiera decir, que el desarrollo del comercio mundial ha tomado más fuerza dentro de los países que

los mismos gobiernos, y dando entrada a las instituciones neoliberales las cuales son organizaciones no gubernamentales, regímenes internacionales y convenciones.

VIOTTI menciona dos enfoques que se pudieran aplicar dentro de los cambios que se emplearon en México durante los sexenios presidenciales antes mencionados. El primer punto es el de KEOHANE's, el cual propone que la variación en las instituciones de la política mundial ejerce un impacto significativo en el comportamiento de los gobiernos. En particular, las formas de cooperación y la discordia puede ser la importancia de la acción del Estado. Como segundo punto es el de NYE el cual diseña a la teoría de las instituciones, referencia al modelo de organismos internacionales del régimen del cambio. Lo cual nos indica que entre los estados se pueden ayudar entre sí para el desarrollo de los mismos.

Al final del siglo pasado y durante la primera década del actual, la globalización ha tomado una parte importante en el ámbito mundial. Resalta que los países que no se han integrado a la misma han marcado un rezago considerable dentro del desarrollo del mismo, tanto social, económico como político, remarcando el segundo punto. El comercio mundial cada día toma más fuerza, con el desarrollo de nuevas tecnologías aplicadas a transporte y comunicaciones se ha incrementado y facilitado el comercio internacional.

El primer paso que dio México hacia la globalización fue su integración al GATT en 1986, en donde se determinó *el ritmo y el alcance de sus compromiso de apertura comercial frente a los 90 países pertenecientes a dicho acuerdo* (PUCHE, 2008).

El siguiente paso después de cumplir con los compromisos arancelarios del GATT fue la negociación del TLCAN, en donde la apertura comercial de México sería total con los tres países participantes. Originando a una serie de reuniones diplomáticas para la negociación del mismo, abriéndose a una Diplomacia Económica de los mismos. Según MORILLAS, esta actividad tiende a constituir un elemento central de la actividad diplomática en un buen número de países, especialmente en los desarrollados, ya que constantemente hacen invitación a sus emba-

jadores a interesarse por las exportaciones y la inversión de sus nacionales.

Tomaremos como definición de Diplomacia Económica la siguiente: *la utilización de la capacidad de influencia política de los Estados a favor de sus intereses económicos en los mercados internacionales. No ha reemplazado a la diplomacia política convencional pero se ha convertido en su elemento inseparable. Negocia la libertad de exportar y de invertir más allá de las fronteras nacionales; actúa junto a las empresas que trabajan en el extranjero; y en el caso europeo está en la base de la propia construcción comunitaria* (GÓMEZ, 2000).

VEGA menciona que al inicio de las negociaciones las tres naciones coincidían en la conveniencia de que temas se debían tratar a nivel regional debido a la tardanza en llegar a un acuerdo en la ronda de Uruguay. Los objetivos que México tenía al integrarse al TLCAN eran: 1. lograr un rápido crecimiento económico, reducir la inflación 2. Recuperar el grado necesario de confianza para atraer de nuevo al país los capitales y pagar la fuerte deuda externa.

Durante la negociación México buscó reducir los aranceles y las barreras no arancelarias, garantizar y fomentar el acceso al mercado estadounidense, promover su competitividad y dinamismo y restaurar la confianza en sus políticas económicas. Así mismo México desea atraer el capital extranjero que permita sostener un rápido crecimiento de empleos y elevar el nivel de vida (CÁNOVAS, 1993).

Con todos los cambios antes mencionados, México cambió su estrategia de la política exterior hacia la búsqueda de la integración comercial internacional. Iniciando la negociación del TLCAN, y creando el bloque de Norteamérica, con la intención de lograr un desarrollo económico el cual había tenido estancado por más de veinte años.

5. ESTRUCTURA DEL MARCO CONSTITUTIVO DEL TLCAN

Existen en el sistema internacional una alta diversidad de tratados que abarcan distintos temas, tales como: asuntos políticos, económicos, administrativos, comerciales financieros, militares y culturales, el mantenimiento de la paz, entre otros. Por su parte, SORENSEN *define un tra-*

tado como cualquier acuerdo internacional que es celebrado entre dos o más Estados o personas de carácter internacional y que está regido por el Derecho Internacional (1973: 155). La celebración de tratados es una de las formas más antiguas y características del ejercicio de la soberanía.

Con la globalización los tratados comerciales han tomado una mayor importancia en las relaciones internacionales, creando una interdependencia entre los países participantes. Consecuencia de esto se han formado bloques regionales logrando así dar una mayor integración entre los países vecinos. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte tiene un enfoque exclusivamente comercial y establece una zona de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México, lo que lo convierte en un tratado multilateral ya que participan más de dos países, conformando el bloque de América del Norte.

En el inicio de las negociaciones del TLCAN, México estaba cambiando su estructura de gobierno el cual mantenía políticas comerciales totalmente proteccionistas a la importación de productos. Por lo que México se integró a organismos internacionales como el *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) actualmente conocida como la organización Mundial de Comercio (OMC), desde 1986. Lo que nos indica que en el momento de la firma del TLCAN se debieron haber previsto acciones a tomar, regularizar e incentivar la inversión extranjera directa para el desarrollo de la misma dentro del país.

El documento oficial del TLCAN, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de diciembre de 1993. Es importante mencionar que este tratado se basa en lo establecido en la Ley de la Celebración de Tratados, la cual fue publicada el 2 de enero de 1992 en el Diario Oficial de la Federación⁴.

SORENSEN menciona dos etapas lógicas de la concertación de tratados; la negociación y la autenticación del texto. En el manual de negociación política del Instituto Centro Americano de Estudios Políticos definen la negociación como *un proceso de comunicación entre perso-*

4 La información proporcionada en este capítulo se puede revisar completa en : <http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/tlc-acuerdos/tlcان>

nas que tienen que resolver un problema o tomar una decisión. En este proceso todas las partes o personas involucradas deben salir beneficiadas (INCEP: 10). Las partes se ponen de acuerdo sobre cómo, cuándo y quién hará las cosas.

Término que, en sentido amplio, designa las relaciones entre dos o más Estados que producen o derogan una norma jurídica. Referido a los tratados, alude al procedimiento que llevan a cabo las Partes para celebrar un acuerdo. El proceso de negociación comprende diferentes pasos: el intercambio de notas sobre la conveniencia del pacto, la designación de plenipotenciarios, las discusiones y consultas pertinentes y la adopción del texto del tratado. La negociación en los tratados multilaterales es parecida a la que se observa en el seno de una conferencia internacional (VALDÉS, 1993:69).

En base a las definiciones anteriores conceptualizaremos negociación como el proceso en donde dos o más individuos involucrados en una misma situación que es de mutuo interés, se comunican para llegar a un acuerdo en base a una norma jurídica.

En el proceso de la negociación del TLCAN ZABLUDOSKI (2005), menciona que éste es el primer tratado en donde se negocia un capítulo de protección a la inversión en el extranjero. El cual es denominado Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de la Inversión (APRIs). La diferencia de estabilidad económica que se establecía en esa época entre los tres países participantes marca la pauta para iniciar la negociación del TLCAN; según los intereses y facultades que cada uno de los países tenían. Estados Unidos al ser uno de los países que más invertía en otros países le interesaba la seguridad de la Inversión Extranjera que realizaba y creó el Acuerdo de Protección y Promoción Recíproca de la Inversión (APRI's). La autenticación del texto nos dice que las disposiciones deben redactarse cuidadosamente en el texto del tratado, y posteriormente el texto provisional acordado debe ser autenticado de modo que no haya error o confusión al respecto de sus términos exactos.

RAMÍREZ, menciona que *El TLCAN fue parte de un proceso de reforma estructural económica integral en México. Prácticamente todas las leyes económicas fueron modificadas o rediseñadas para ser congruen-*

tes con este nuevo modelo económico. Dichas leyes en muchos casos fueron más lejos de las disciplinas del TLCAN (2009: iv).

Dentro del documento oficial del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, (Secretaría de Economía) se señalan los siguientes objetivos los cuales fueron desarrollados a través de sus principios y reglas, incluidos en el trato de nación más favorecida y transparencia:

- A. Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes.
- B. Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio.
- C. Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes.
- D. Proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes.
- E. Crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias.
- F. Establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado. (Diario oficial, 20 diciembre de 1993: s/p.)

Al eliminar los obstáculos al comercio transfronterizo se facilita el intercambio de mercancías entre los tres países, lo que genera un incremento en la economía de los países participantes. La importancia de tener bien establecidos los lineamientos con los cuales se llevarán a cabo los procesos, ayudará a que la promoción y las oportunidades de inversión sean consideradas como un hecho factible de realizar y no como una utopía.

La estructura del documento oficial está conformada por un preámbulo y 22 capítulos agrupados en 8 secciones:

1. Aspectos generales

2. Comercio de bienes
3. Barreras técnicas al comercio
4. Compras del sector público
5. Inversión, servicios y asuntos relacionados
6. Propiedad intelectual
7. Disposiciones administrativas institucionales (Diario oficial, 20 diciembre de 1993: s/p.)

Dentro del mismo documento en el artículo 105° se acuerda la extensión de las obligaciones la cual dice: *Las Partes asegurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa* (Diario Oficial de la Federación, 20 diciembre de 1993: s/p).

RAMÍREZ, menciona tres puntos en los que se tuvieron que dar mayor importancia en el momento de realizar las reestructuras de las leyes para la integración del TLCAN a México, las cuales son: a) inclusión de la cláusula evolutiva o de revisión, la cual fomentará a los países firmantes a revisar periódicamente las disposiciones del tratado. b) fortalecer los esquemas de solución de controversias ya que los mismos son de gran importancia para lograr una buena implementación de las disposiciones de un tratado. c) La unificación de los regímenes para la implementación de varios tratados sea de manera consistente.

En la guía para la conclusión de tratados, en la sección de los criterios generales, el artículo 73° de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, menciona *que se deben establecer contribuciones sobre el comercio exterior, por lo que se deben expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional* (Fracción XXIX.F).

Lo estipulado dentro del TLCAN, conlleva a que cada país tenga que modificar sus leyes internas para poder adaptarlas a lo convenido dentro del mismo. Las regulaciones que se realicen deberán ser específicas para poder plantear las políticas públicas necesarias para que los sectores estipulados en el tratado sean las adecuadas para poder desarrollar al cien por ciento su capacidad.

6. CONCLUSIONES

La vecindad geográfica que tienen México y Estados Unidos se pudiera asumir o considerar como dos países que deberían haber tenido las mejores relaciones. Sin embargo, tuvo que pasar más de un siglo para que se pudiera formalizar la firma de un tratado entre ambos países. Cabe mencionar que este tratado no es bilateral, porque cuenta con la participación de un tercer vecino que es Canadá, formando el bloque comercial de Norteamérica.

Al finalizar la Guerra Fría se inicia un nuevo sistema internacional, en donde las prioridades de la *low politic* comienzan a tomar más importancia en el ámbito internacional. El desarrollo de los países se torna cada vez más interdependiente generando la creación de bloques regionales para lograr un mejor desarrollo tanto económico como comercial. Con la firma del TLCAN se inicia un libre comercio entre Canadá, Estados Unidos y México, creando un libre tránsito comercial entre los tres países.

Es importante mencionar que para la implementación de este tratado en México, se tuvieron que realizar acciones, reestructurar y cambiar la mayoría de las leyes proteccionistas con las que se pretendía proteger a la industria interna. Se ejecutaron cambios en la política exterior del país en donde la integración de México al GATT, fue el comienzo a la apertura de México hacia el comercio exterior.

Durante la negociación del TLCAN, se tocaron temas que eran de interés para los tres países, uno de los cuales es: el capítulo de protección y promoción recíproca de la inversión (APRI's). Al estar realizando una negociación entre países con una discrepancia económica considerable,

la preocupación de Estados Unidos de proteger el capital de sus empresas en otros lugares era primordial.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ANDERE, E. (1992). *México y el tratado trilateral de Libre Comercio*. Impacto sectorial. México: ITAM.
- ARAGÓN, E. M. (1994). *La nueva relación de México con América del Norte*. México, DF: Universidad Autónoma Nacional de México.
- ARANDA, RAFAEL. *Manual sobre gestión de conflictos y negociación de política y diplomática*. Escuela diplomática ministerio de asuntos exteriores y de cooperación de España. 2004.
- AVELLA, I. (2008). *Antes del TLCAN: La historia de los acuerdos comerciales entre México y E. U.* Revista Digital Universitaria. Facultad de Economía, 10.
- ÁVILA-FUENMAYOR, FRANCISCO. *Neoliberalismo y globalización: de la racionalidad técnica a la relación sujeto-sujeto*, Revista de Artes y Humanidades UNICA, 2005, pp. 89-100
- B, J. A. (2001). *México 2030 Nuevo siglo, nuevo país*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- CÁNOVAS, G. V. (1993). *México, Estados Unidos, Canadá 1991-1992*. Huitzilac Morelos: El colegio de México.
- CÁNOVAS, G. V. (2010). *El tratado de libre comercio en América del Norte*. México DF: El colegio de México.
- COTA, J. E. (2003). *Obstáculos al comercio en el TLCAN: El caso de transporte de carga*. Comercio Exterior. Vol. 53 Núm. 12, 9.
- CRUZ, M. A. (2003). *Impacto del TLCAN en el sector agroalimentario: Evaluación a 10 años*. 1-16.
- DANIELS, RADEBAUGH y SULLIVAN (2013), *Negocios Internacionales. Ambientes y operaciones*, México, D.F.: Pearson

- Decreto de Promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. (20 de diciembre de 1993). Segunda sección. Secretaría de Comercio y Fomento Industrial., p. 1131.
- FRENCH-DAVIS, R. (1979). *Economía Internacional. Teorías y políticas para el desarrollo*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- GAYTÁN, R. T. (2007). *Teoría del comercio internacional*. México DF: Siglo XXI.
- GORTARI, C. S. (2000). *México, un paso difícil a la modernidad*. Barcelona: Plaza Janés.
- GRIFFITHS, MARTIN, *Fifty key thinkers in international relations*. Routledge Ed.
- Instituto Centroamericano de estudios Políticos, 2003. *Negociación Política. Cuadernos de formación para la práctica democrática*. Ed. Fundación Conrad Adenauer. Guatemala.
- JOSÉ MARÍA MELLA, A. M. (2006). *La economía agropecuaria mexicana y el TLCAN*. Comercio Exterior, 181-193. Londres, 1999. Consultado el 1 de Julio de 2009.
- MARCIAL, R. T. (3 de Septiembre de 2009). *Cámara de Diputados. Servicios de investigación y análisis. Recuperado el 13 de Abril de 2013*, de <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/se/SIA-DEC-ISS-03-02.pdf>
- MERCADO, D. S. (2004). *Comercio Internacional II*. México: Limusa.
- MEYER, LORENZO. *Los grandes problemas de México*, 2012, México, DF, Ed. Colegio de México.
- MORALES, J. S. (2003). *Problemas Económicos de México*. México: Mc Graw Hill.
- MORENO, ISMAEL. *Derecho y Diplomacia en las relaciones internacionales*. México. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1999
- OCHENTA, L. p. (1994). CÉSAR SEPÚLVEDA. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

- PENN, K. (s.f.). *Observations, Trade Agreements and Economic Development: Some Observations*. North american agrifood market integration: Situation and perspectives, (pp. 119-172).
- RAMÍREZ, RICARDO. *The Implementation of Preferential Trade Agreements in Latin America TLCAN Experiencia de México*. Interamerican Development Bank.2009
- RENÉ VILLARREAL, e. a. (1982). *El comercio exterior de México*. México DF: Siglo veintiuno editores.
- ROMERO, J. (2009). *Medición del impacto de los acuerdos de libre comercio en América Latina: el caso de México*. México DF: Publicación de las Naciones Unidas.
- RUIZ, M. A. (2004). *Elementos para evaluar una década del TLCAN: El caso mexicano*. Geoenseñanza, 10.
- SORENSEN, M. (2012). *Manual de derecho internacional público*. México, D.F. Fondo de Cultura Económica.
- *Tecnología, D. G.* (2012). *Industria Automotriz*. México. DF: Secretaría de Economía.
- ONU (2005). *Informe del sector Automotriz Mexicano*. PAÍS CEPAL NACIONES UNIDAS, 53.
- VALDÉS, R. LOAEZA, TOVAR E. (1993). *Terminología usual en las relaciones internacionales. Derecho diplomático y tratados*. México: Acervo Histórico Diplomático Secretaría de Relaciones Exteriores México.
- VERMON, R. (1966). *El dilema del desarrollo económico de México*. Ciudad de México: Diana.
- VIOTTI, P. & KAUPPI, M. (2010). *International Relations Theory. (Fourth Edition)*. Longman, New York.
- W. H. HALL C. (2011). *Negocios Internacionales competencia en el mercado global*. México: Mc Graw Hill.

LA RELACIÓN ENTRE ARBITRAJE Y ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO MEXICANO

SANTIAGO RAMÍREZ REYES¹

Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne

Resumen. El presente capítulo tiene como finalidad analizar la relación que guardan el arbitraje y el orden público en el sistema jurídico mexicano; particularmente, en el campo de la contratación internacional. La relación que guardan dichos conceptos se vislumbra como un juego de pesos y balanzas en la expansión de la autonomía de los particulares en el comercio internacional la cual es fuertemente discutida en la actualidad por tener una injerencia directa en el fortalecimiento a las prácticas del arbitraje internacional.

Palabras clave. Arbitraje internacional, orden público, autonomía de la voluntad, contratos, comercio internacional.

Keywords. International arbitration, public policy, party autonomy, contracts, international commerce.

Sumario. 1. Introducción; 2. El orden público en el sistema jurídico mexicano; 2.1 Aceptación interna; 2.2 El orden público en el Derecho Internacional mexicano; 3. Dialéctica entre arbitraje y orden público; 4. Respuestas aportadas por el sistema jurídico francés; 5. Posibles respuestas en el sistema jurídico mexicano; 6. Conclusiones; 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Es un hecho poco contestable que en décadas recientes el arbitraje ha servido como un instrumento de fomento a las relaciones comerciales internacionales gracias a la alternativa que representa para los agentes económicos en la resolución de sus conflictos. Como método alternativo, el arbitraje se ha consolidado en países industrializados y ha cobrado

¹ Estudiante de Doctorado en Derecho Comparado, Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. santiago.ramirez-reyes@univ-paris1.fr.

mayor fuerza en países con economías emergentes. En el caso mexicano, el arbitraje se ha implantado con ahínco tanto en el ordenamiento jurídico interno como en los instrumentos internacionales de los que México forma parte.

No obstante a sus avances, en la actualidad el arbitraje sigue enfrentando distintos retos que se oponen a su efectividad; entre estos retos destacan las facultades del juez del foro de denegar el reconocimiento de la cláusula arbitral o bien la ejecución del laudo por considerarlos contrarios al orden público. Si bien es cierto que la noción de orden público se encuentra presente desde las primeras manifestaciones de la ciencia del Derecho Internacional Privado, también lo es que dicho concepto se ha caracterizado por su naturaleza de difícil discernimiento y delimitación.

Al tenor de esta obra y de su interés por el análisis de la solución de conflictos en las Relaciones Internacionales así como en los obstáculos que se suscitan en el día a día en las relaciones internacionales, el estudio de los retos que enfrentan los métodos alternos de solución de conflictos (entre ellos el arbitraje) resulta relevante. Es el objeto de este capítulo analizar la dialéctica existente entre arbitraje y orden público en el ordenamiento jurídico mexicano así como las soluciones que propone cuando se enfrentan dichos conceptos.

Es un hecho que la regulación del arbitraje en México es relativamente reciente en comparación con la existente en otros países, razón por la cual se propone tomar como punto de referencia las soluciones aportadas en el sistema jurídico francés a los problemas que se presentan entre el orden público y el arbitraje comercial. Dicha decisión se fundamenta primordialmente en dos argumentos; primeramente, ambos sistemas jurídicos son considerados como sistemas de derecho civil² lo cual facilita su estudio comparado y segundo, es un hecho conocido que el sistema mexicano ha tenido en su formación fuertes influencias de la doctrina francesa que tienen consecuencias hasta nuestros días.

2 En oposición a los sistemas jurídicos que forman parte de la common law.

En el pasado, los individuos y los grupos sociales realizaban intercambios comerciales en un espacio geográfico delimitado; sin embargo, con los avances tecnológicos estos intercambios sobrepasaron las fronteras tradicionales para dar lugar a un crecimiento exponencial en el tráfico de bienes, servicios y capitales a escala internacional.

El crecimiento del comercio internacional trajo como consecuencia la multiplicación de situaciones jurídicas en las que más de un sistema jurídico entraba en juego. De esta manera al existir una multiplicidad de soluciones a un conflicto internacional determinado, las cualidades de certeza y seguridad jurídicas deseadas por las partes resultaban afectadas de manera negativa. Es en dichas circunstancias que los sistemas tradicionales de impartición de justicia al mostrarse deficientes en la resolución de conflictos de orden internacional llevaron a los agentes económicos a procurarse de alternativas privadas de solución a sus conflictos, entre ellos el arbitraje.

Entre muchas de las ventajas que presenta el arbitraje una de las más importantes como lo señala el Profesor WITKER es que representa un factor que acentúa la ética en los negocios, en consecuencia *su uso se ha fortalecido por la decantación de estatutos y organizaciones tanto nacionales como internacionales que se desarrollan especialmente en los países industrializados* (WITKER V., 1975). Al crear un clima de confianza, el arbitraje se ha vuelto sinónimo de efectividad en los negocios y desarrollo económico, atrayendo la atención de los actores económicos y de los Estados en general.

No es objeto de este artículo el profundizar en el análisis de los fundamentos y bondades del arbitraje, sin embargo es preciso recordar dos elementos de gran importancia; primero, que la raíz del arbitraje se encuentra en el concepto mismo de la autonomía de las partes, es decir, en el acuerdo de sus voluntades. Segundo, que desde sus primeras manifestaciones el arbitraje se ha enfrentado a la concepción tradicional de la impartición de justicia en la cual el Estado, dotado de soberanía, posee el mandato único de impartición de justicia.

Esta discusión fue ilustrada por el Profesor BATIFFOL quien señalaba que *aquellos que luchan por el respeto del acuerdo entre las partes por*

encima de toda ley aplicable consideran... que defienden una de las posiciones más esenciales, sino es que la más decisiva, la de la libertad individual. Aquellos que combaten en sentido opuesto estiman que se trata de la autoridad de la ley, es decir de su existencia misma. Es bien entonces el conflicto de la ley y de la libertad que es subyacente (BATIFFOL, 1956). Se habla comúnmente en la doctrina del enfrentamiento entre la soberanía del Estado y la libertad de los individuos.

En el centro de esta discusión se encuentra el tema objeto del estudio que nos ocupa, es decir, el del orden público y sus consecuencias dentro del ámbito del arbitraje internacional. En efecto, dicho tema no comprende la totalidad de la discusión doctrinal entre soberanía y libertad pero resulta un ejemplo claro de dicha disyuntiva. La correlación entre estos conceptos se posiciona en el centro de un debate en el cual las posturas se radicalizan pues, para algunos estudiosos del Derecho el orden público es considerado como una última manifestación de un imperialismo arbitrario del Estado, mientras que para otros este elemento se erige como el último recurso contra las desviaciones y el exceso de la mundialización de la justicia.

Fuera de estas calificaciones dadas al orden público, un hecho fehaciente es que este concepto es considerado y empleado en la práctica por el juez del foro como una herramienta para denegar el reconocimiento de un laudo o bien para denegar la ejecución del mismo. El problema radica, no en el empleo de dicha herramienta sino en la dificultad para identificar sus alcances. Como el Profesor SIQUEIROS lo señala, *dicha noción es imprecisa y su connotación puede cambiar en el transcurso del tiempo y del espacio (país) donde se le conceptúe* (JOSE LUIS SIQUEIROS, 2009).

Otro matiz del problema se encuentra en el hecho de que si bien el uso del orden público para combatir los excesos de la mundialización de la justicia es deseable, puede llevar al extremo contrario y originar una sobreprotección de un sistema jurídico determinado, ello en detrimento del comercio internacional.

La estructura propuesta para abordar este estudio se conforma por una primera parte en la cual se analizarán (2) las bases del orden público

en derecho positivo mexicano, tanto en su acepción interna (2.1) como en su proyección internacional (2.2). En seguida se profundizará en el estudio de la dialéctica entre el arbitraje y el orden público (3) así como los métodos empleados en el sistema jurídico francés para promover la prevalencia del arbitraje para finalizar con las posibles respuestas en el sistema jurídico mexicano (4). Finalmente, un apartado estará avocado a las conclusiones de dicho análisis (5).

2. ORDEN PÚBLICO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

1.1. Acepción interna

El sistema jurídico mexicano como el de muchos otros países de Latinoamérica tiene una fuerte influencia territorialista en la aplicación de sus leyes. El fundamento de esta característica de nuestro sistema jurídico radica en la intención histórica del legislador de proteger la cultura jurídica de nuestro país frente a las influencias de otros sistemas y con ello afirmar la soberanía nacional.

Con base en dicho argumento, nuestra legislación se ha dotado de herramientas para asegurar sus objetivos, entre las cuales se encuentra el concepto de orden público. Una lectura de la legislación federal en vigor en nuestro país nos permite constatar la presencia de este concepto tanto en el Código Civil Federal como en el Código de Comercio.

El Código Civil Federal establece en su artículo 15 dos supuestos en los que el Derecho extranjero no será aplicable: primero, cuando artificialmente se hayan evadido principios fundamentales del Derecho mexicano y segundo, cuando las disposiciones del Derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del *orden público mexicano*. En este apartado no se habla en específico del arbitraje, sino de la opción general que existe para los comerciantes de elegir la ley aplicable a sus contratos y por ende a sus conflictos.

Por lo concerniente en materia de arbitraje, el Código de Comercio en vigor prevé en la fracción segunda del artículo 1457, que los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando com-

pruebe que según la legislación mexicana; el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público. En relación con el ordenamiento anterior, el artículo 1462 del mismo ordenamiento establece que sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que se hubiere dictado cuando: (fracción II) el juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

Así, es posible constatar que la legislación mexicana pone en manos del juez una herramienta para proteger al sistema jurídico mexicano frente a ordenamientos extranjeros en dos momentos; al momento de prever la posible anulación del laudo y al momento de la ejecución. No obstante dichos enunciados no delimitan la noción ni establecen sus alcances, se infiere que el orden público actúa en vía de excepción frente a la aplicación de un Derecho extranjero, pero no se establece qué es lo que debe ser considerado de orden público.

Respecto a la cuestión sobre el contenido del orden público, dicha pregunta fue acotada recientemente por un tribunal mexicano derivado del caso *Bergsen Worldwide Limited* ventilado frente a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. En esta decisión, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito estableció un precedente en el que afirma lo siguiente:

Como el concepto de orden público no se encuentra definido en la Constitución ni en el Código de Comercio, ello deja claro que es preciso determinar su significado en cada caso concreto pues no basta con asimilarlo a las normas imperativas, sino que es necesario proteger nuestra cultura jurídica mexicana de intromisiones que la desvirtúen[...] (N) o basta con afirmar que en un laudo arbitral se está dejando de aplicar una disposición legal que se autodefine como de orden público para que se tenga necesariamente que concluir que se transgrede el mismo, sino que es necesario un estudio más profundo, caso por caso, que permita concluir que con su reconocimiento y ejecución es evidente que sí se transgrede nuestro orden jurídico. En conclusión se reitera deberá ser el

juzgador quien en cada caso concreto determine si se transgrede o no el orden público.³

La decisión del Tribunal Colegiado aporta elementos interesantes al análisis del concepto de orden público en el sistema jurídico mexicano, mismo que serán retomados en el apartado de conclusiones de este capítulo. Por lo que toca a este apartado, el objetivo es de mostrar los pilares de este concepto en el ordenamiento jurídico interno y con ello sentar las bases de la proyección que se da a este concepto en el ámbito internacional.

1.2. El orden público en el derecho internacional mexicano

Previo al análisis de la noción de orden público en Derecho Internacional resulta necesario señalar dos puntos: en primer lugar, no existe una definición universal, unificada e ineluctable del significado de orden público en Derecho Internacional. Por el contrario, existen convenciones internacionales que han intentado dar una definición a este concepto y entre las cuales se pueden identificar ciertas similitudes; de esta manera, es viable hablar de elementos que caracterizan al orden público internacional tomando en cuenta que dicho concepto puede variar de país a país, de convención a convención.

Segundo, es imperativo recordar que al hablar de Derecho Internacional Privado mexicano se hace referencia al método tradicional de la ciencia del Derecho Internacional Privado en la cual cada Estado desarrolla un sistema de asimilación de normas, dichas *internacionales*, para crear su propio sistema⁴. De esta forma, serán objeto de estudio en este apartado, algunos de los tratados internacionales adoptados por México en materia de arbitraje que incluyen la excepción de orden público.

Una vez concluido el paréntesis anterior, es necesario abordar el análisis del concepto de orden público internacional recordando que *existe*

3 Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo 6/2012, 19 de abril de 2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro X, julio de 2012, t. 3, tesis I. 7°. C.20 C (10ª.), p. 1878, ius.scnj.gob.mx

4 Para profundizar en el tema de los métodos tradicionales de Derecho Internacional Privado véase: (PEREZNIETO CASTRO, 1999)

consenso internacional en cuanto a que los Estados están obligados a reconocer la validez del acuerdo arbitral y en cuanto a los motivos que pueden fundar la nulidad de un laudo o la denegación de su reconocimiento y ejecución (ALBORNOZ, 2014). Dicha afirmación es posible gracias a la constatación de los acuerdos internacionales en la materia; por lo que respecta al caso mexicano, tres convenciones de gran importancia serán analizadas: la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá y la Convención de Montevideo así como la ley Modelo de la CNUDMI⁵.

Una gran cantidad de países han adoptado la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (la Convención de Nueva York) y de la cual México forma parte⁶. Esta convención en su artículo II.1 establece la obligación de reconocer la validez del acuerdo arbitral concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. Así mismo en su artículo V.2 establece que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

De manera similar, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, conocida como la Convención de Panamá, en su artículo 5, prevé entre otras causas que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje o b) que el recono-

5 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

6 En la actualidad 149 naciones forman parte de la Convención de Nueva York. Para ver el estado de firmas que guarda véase: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

cimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado⁷.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales de Montevideo de 1979, dispone en su artículo 2 que las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales a los que refiere en su artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados partes si reúnen determinadas condiciones, entre ellas, que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución.

Finalmente es necesario tomar en cuenta la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual ha tenido un gran impacto en los países de América Latina puesto que se ha constituido como la piedra angular de la reforma legal en materia de arbitraje. Por lo que corresponde a nuestro país *es un hecho conocido que México lideró el proceso de reforma legal en materia de arbitraje internacional, al modificar en 1993 la regulación interna sobre la materia, adoptando fielmente la Ley Modelo* (CONEJERO ROOS, 2005).

De la lectura de las disposiciones anteriores, se advierte una coherencia en la facultad que tiene *la autoridad judicial competente del país donde tal reconocimiento o ejecución se pide, para denegarlos si dicha autoridad comprueba que en una u otra hipótesis, se violaría el orden público de ese país* (SIQUEIROS, 2009). La presencia de dicha facultad en los ordenamientos internacionales de los cuales México forma parte, nos permite concluir que si bien las convenciones tienen la vocación de instaurar y favorecer el arbitraje, también prevén un instrumento de protección de la soberanía de los Estados, pero sólo como una excepción a la regla general en la cual se impone el reconocimiento de la validez y la ejecución de los laudos.

Resulta interesante lo mencionado por el Profesor SIQUEIROS cuando expresa que en el seno de las discusiones de la CNUDMI referentes al alcance del orden público *algunos de sus autores sugirieron que se*

7 Para ver el estado de firmas de la convención véase: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

excluyera la expresión "orden público" por ser demasiado vago y no constituir un motivo justificado. Al examinar dicho concepto, quedó entendido que el mismo no equivalía a la posición política o a la política internacional de un Estado, sino que abarcaba los conceptos y principios fundamentales de justicia. Se señaló que en algunos ordenamientos de tradición anglosajona ese término podría ser interpretado en el sentido de no incluir principios de justicia procesal. Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en que debía conservarse ese apartado, ya que todos los sistemas de tradición de "Derecho Civil" están inspirados en el concepto francés de "ordre public" en el que consideraron contenidos los principios de justicia procesal (SIQUEIROS, 2009).

De lo anterior es posible concluir que las discusiones en torno a la definición resultan complicadas, que el significado de la noción varía de un sistema jurídico a otro y que en países de tradición civil (como es el caso de México) el concepto de orden público se inspira de su equivalente en derecho francés. Por las razones anteriores, el estudio se avocará en los apartados siguientes a analizar la relación entre orden público y arbitraje así como las soluciones aportadas por el derecho francés.

2. DIALÉCTICA ENTRE ARBITRAJE Y ORDEN PÚBLICO

Previo al análisis de la relación entre arbitraje y orden público resulta indispensable presentar el escenario en el cual se desarrolla este vínculo. Primeramente, por lo que corresponde al contexto económico, encontramos que en la búsqueda de sus objetivos de apertura comercial México se unió al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1985 y posteriormente en 1994 al Tratado de Libre Comercio para América del Norte conjuntamente con Estados-Unidos y Canadá. Para el año 2002 México formaba parte de diez tratados de libre comercio con lo cual ponía de manifiesto los cambios de su política en materia de comercio exterior.⁸

8 ALENA, Tratado de Libre Comercio México-Bolivia, Tratado de Libre Comercio México-Chile, Tratado de Libre Comercio México-Costa Rica, Tratado de Libre Comercio México-Israel, Tratado de Libre Comercio México-Nicaragua, Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres (México-Venezuela y Colombia), Tratado de Libre

A fin de reforzar la política de comercio exterior, el Poder Legislativo mexicano se vio compelido a implementar (en palabras de ALBORNOZ) una política legislativa procesal en materia de arbitraje. Los esfuerzos del legislador nacional dieron al arbitraje en México una naturaleza institucional a través de su inclusión en las leyes pertinentes. Ciertamente, esto significó un gran avance en materia de métodos alternos de solución de controversias; no obstante, aún como institución jurídica reconocida por las leyes en México, el arbitraje se enfrenta hoy con ciertos retos.

Evidentemente, es posible observar una tendencia en el sistema jurídico mexicano favorable a la instauración de mecanismos privados de solución de controversias (especialmente el arbitraje) en los cuales se da una libertad procesal más amplia a las partes que la que se les otorga en el procedimiento adversarial habitual. De esta manera, las partes en un contrato internacional cuentan con la facultad de elección del derecho aplicable al fondo del asunto; empero, esto no implica un total abandono del ordenamiento jurídico del juez del país donde se solicita la ejecución del laudo pues el ordenamiento jurídico del país sede de un determinado procedimiento arbitral y/o donde se pretenda ejecutar el laudo guarda *una influencia relevante en la factibilidad del arbitraje así como en la efectividad de la resolución tomada por el tribunal arbitral*" (ALBORNOZ, 2014).

En este contexto, las facultades del juez para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo constituyen la última herramienta para hacer valer disposiciones de especial importancia para el ordenamiento jurídico mexicano. Esta situación cobra mayor importancia cuando se toma en cuenta que *en derecho mexicano se observa una tendencia irreversible en la cesión de espacio a los particulares para la solución de sus propias controversias: propiedad intelectual, telecomunicaciones, competencia económica, derecho fiscal, etcétera* (FERNÁNDEZ ROJAS, 2007).

Comercio México-Unión Europea, Tratado de Libre Comercio México-Triángulo del Norte (Guatemala, Honduras, República del Salvador, México) y Tratado de Libre Comercio México-Estados de la Asociación Europea.

Ahora bien, en esta coyuntura es necesario recordar que la excepción de orden público es distinta a la cuestión de arbitrabilidad⁹. Por una parte, la arbitrabilidad consiste en *la ausencia de una prohibición del Estado de someter una controversia a un procedimiento arbitral, o de manera positiva, la autorización del Estado de resolver definitivamente una controversia fuera de los tribunales judiciales* (PEREZNIETO CASTRO & GRAHAM, 2009). Por otra parte el orden público en el Derecho Internacional Privado se constituye como *un medio de que se vale el órgano aplicador del derecho, normalmente el juez, para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extranjera competente* (PEREZNIETO CASTRO, 1999).

Las diferencias entre ambos conceptos nos llevan a situaciones en las que un laudo puede ser completamente válido en virtud de que la materia sobre la cual recae es arbitrable pero resulta ineficaz por ser contrario al orden público del lugar donde se pretende ejecutar el laudo. De esta manera, la certeza jurídica deseada por las partes de un contrato resulta negativamente afectada. Es importante señalar que tanto la arbitrabilidad como el orden público pueden ser aplicadas por el tribunal ordinario de oficio aún y cuando no sean invocadas por las partes en el procedimiento arbitral.

Finalmente, otro elemento que cabe destacar en la relación arbitraje-orden público resulta del hecho que el orden público puede afectar la eficacia del laudo en dos momentos distintos. El primero de ellos es al momento del reconocimiento del laudo y el segundo al momento de la ejecución del mismo. Una aclaración tiene lugar en este punto pues el objeto de este apartado es simplemente resaltar los elementos anteriores los cuales serán analizados en el apartado de conclusiones del presente capítulo.

De acuerdo con las disposiciones (internas e internacionales) analizadas previamente es viable afirmar que en México las decisiones de un tribunal arbitral no requieren de acto de aprobación alguno para ser ejecutados *en todo caso, el laudo es ejecutable por virtud del acto jurisdiccional, que sólo es el complemento necesario para ejecutar lo*

9 Sobre esta diferencia véase: (Mereminskaya, 2007)

resuelto por el árbitro, ya que el laudo por sí mismo constituye título que motiva ejecución ante el juez competente que debe prestar los medios procesales necesarios para que se concrete lo resuelto en el laudo (FERNÁNDEZ ROJAS, 2007). Consecuentemente con dicho argumento, en México los laudos están revestidos de autoridad y tienen el carácter de cosa juzgada, razón por la cual no requieren de previa aprobación. Sin embargo, son susceptibles de aplicación siempre que no contravengan al orden público del foro.

Es así que este concepto es considerado como una prerrogativa de la justicia ordinaria para asegurar la protección de su cultura jurídica y de los principios fundamentales de su ordenamiento. Como lo señala el Profesor FERNÁNDEZ *se debe procurar la salvaguarda de la seguridad jurídica y la erradicación de todo uso tergiversado que de ellos (métodos alternos) se pretenda. Es aquí donde la intervención del juez cobra toda su eficacia para corregir esas irregularidades* (FERNÁNDEZ ROJAS, 2007). Con base en los análisis previos se infiere que la intervención de la autoridad jurisdiccional es una facultad de control muy limitada, es decir, el juez queda compelido a analizar únicamente la observancia de formalidades esenciales, entre ellas la no contravención al orden público sin ocuparse del fondo del asunto para no intervenir con las facultades del árbitro.

La situación se complica puesto que el orden público es comúnmente invocado en estrecha relación con las denominadas *leyes de policía* o *leyes de aplicación inmediata* las cuales son objeto de debates intensos por los especialistas del Derecho Internacional Privado. Por lo que corresponde a este capítulo y teniendo en cuenta la extensión del análisis que implicaría el retomar las discusiones respecto a la relación entre leyes de policía y orden público, nos limitaremos a señalar que estas normas de policía cuentan con un *carácter insustituible [...] para proteger determinados intereses nacionales* (BOGGIANO, 1983). A esto respecto, ALBORNOZ nos explica que estas leyes someten un caso de derecho internacional privado *conectado con el territorio del país al que pertenecen, al Derecho nacional de ese país. Cuando un caso cae dentro de su ámbito, la norma de policía es aplicada sin pasar por una norma de conflicto bilateral: se lleva a cabo una aplicación inmediata de la norma en cuestión. Si existe una norma de este tipo, debe ser aplicada*

sin más, excluyendo el recurso a cualquier otro método (ALBORNOZ, 2014). Algunos expertos afirman que estas normas tienen un grado de imperatividad más acentuado pues buscan proteger o desarrollar ciertas políticas nacionales.

A guisa de ejemplo de las definiciones existentes de leyes de policía tenemos que el Reglamento Roma I de la Unión Europea sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales¹⁰ establece en su artículo 9º, párrafo primero, 1 que: *Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente reglamento.*

Es viable decir que de manera general, las leyes de policía son normas con un grado de coercitividad especial que buscan proteger determinados intereses de un Estado o pretenden implementar determinadas políticas. En este punto, se puede advertir que los conceptos de orden público y leyes de policía pueden prestarse a confusión lo cual dificulta la tarea de encontrar el equilibrio entre el arbitraje y las disposiciones de orden público. Como lo refiere el Profesor D'AVOUT *no es tan lejana la época en la que normas de orden público era considerado sinónimo de normas de policía, en la que el orden público, lejos de ser relegado a su rol técnico de evicción, podía también desempeñar un rol positivo o motor de la aplicación de ciertas normas jurídicas* (D'AVOUT, 2013)¹¹.

Como se mencionó anteriormente, no es objeto de este capítulo profundizar en el análisis de la distinción entre orden público y leyes de policía sino simplemente poner en contexto la complejidad que esto agrega al estudio que nos ocupa.

Finalmente por lo que corresponde al nexo entre orden público y arbitraje, la existencia de leyes de policía podrían llevar a que los Estados al

10 Reglamento núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008

11 Tomado de (ALBORNOZ, 2014)

dotar de un grado de imperatividad especial a una materia determinada sería posible que se declare como no sujeta a arbitraje una controversia en dicha materia o que al momento de ejecutar un laudo sobre dicha materia el control sea más estricto. *No obstante, la inarbitrabilidad y un estricto control de conformidad con el orden público no constituyen precisamente medidas favorables al arbitraje y que promuevan a un país determinado como sede de procedimientos arbitrales, sino todo lo contrario* (ALBORNOZ, 2014).

Con las anotaciones anteriores es posible constatar que el balance entre la expansión del arbitraje y la aplicación del orden público como freno a dicho avance resulta por demás interesante y al mismo tiempo revestido de complejidad. En la sección que a continuación se desarrolla se analizarán las respuestas aportadas por el sistema jurídico francés en este juego de pesos y contrapesos en los cuales el arbitraje se ha visto favorecido.

3. RESPUESTAS APORTADAS POR EL SISTEMA JURÍDICO FRANCÉS

Desde hace algunas décadas, Francia ha buscado erigirse como una de las sedes principales para los arbitrajes comerciales internacionales; en la búsqueda de dicho objetivo, ha debido reformar su sistema jurídico y dotarlo de ordenamientos amigables al arbitraje. Empero, en este proceso el sistema jurídico francés se ha enfrentado al surgimiento de divergencias entre las leyes que incentivan el arbitraje y algunas leyes sustantivas que lo limitan.

A fin de subsanar esas divergencias los tribunales de dicho país desarrollaron una estructura jurisprudencial que surgió *como una propuesta para dar solución a la tensión existente entre la política legislativa de fondo en materias estratégicas y una deliberada política legislativa procesal de apoyo al arbitraje* (ALBORNOZ, 2014). En este apartado se analizarán algunas de las tesis jurisprudenciales más significativas que han permitido asegurar el lugar del arbitraje en el ordenamiento jurídico francés especialmente en su relación con el orden público.

Como lo hemos mencionado, tomando como referencia las definiciones de orden público y su manifestación a través de leyes de policía, es

posible asumir que dichos ordenamientos deberían de manera general primar frente a cualquier acuerdo privado, como lo son los acuerdos de arbitraje. No obstante, la reciente decisión de la Corte de Casación francesa en el caso *Monster Cable* (Monster Cable Products Inc. c. Sociéte Audio Marketing Service, 2008) apunta a una dirección distinta. Por medio de esta decisión, la Corte de Casación resolvió que no obstante que fueran aplicables al fondo del asunto leyes denominadas *de policía*, la cláusula que atribuía jurisdicción a un tribunal de California debía ser respetada.

Más tarde, mediante una nueva decisión de la Corte de Casación se admitía la arbitrabilidad en materias donde el orden público tiene una gran incidencia, se trata del caso *HTC Sweden AB c. Doga*, que se dirimió frente a la primera Sala Civil de la Corte de Casación francesa el 8 de julio de 2010. En dicha decisión, la Corte de Casación estableció que no importando que disposiciones de orden público rigiesen el fondo del asunto, la cláusula arbitral debía ser respetada *puesto que el recurso al arbitraje no queda excluido por el solo hecho de que disposiciones imperativas, así fuesen constitutivas de una norma de policía, sean aplicables* (ALBORNOZ, 2014).

A este respecto el Profesor DE VAREILLES-SOMMIÈRES afirma que a través de dichos principios la Corte de Casación francesa admite *a título de principio, que lejos de ser exclusiva, la competencia francesa que llegado el caso podría existir en un supuesto en el que una norma de policía francesa reclame su aplicación no es imperativa, de manera que las partes pueden sustraerse a ella de común acuerdo* (DE VAREILLES-SOMMIÈRES, 2011).

En este punto es posible inferir una cierta incongruencia en un sistema jurídico que por un lado establece leyes con un grado imperativo superior para proteger o poner en práctica ciertas políticas legislativas y no permite que se eludan por medio del conflicto de leyes, mientras que por otra parte permite a través de la jurisprudencia evadirlas mediante la elección del arbitraje. A este efecto expertos en la materia han admitido que *(e)n efecto, es factible que se perciba como contradictorio instaurar con todo ímpetu una determinada política legislativa mediante una norma internacionalmente imperativa en un área de interés sensible para*

el Estado; sin embargo, dejar luego su implementación abandonada a mitad de camino, abriendo la puerta para que un caso regulado por dicha norma sea resuelto por un tribunal arbitral (ALBORNOZ, 2014).

Un pequeño paréntesis se impone para poner en evidencia la manera en que el arbitraje en ocasiones de manera indirecta fortalece la autonomía de las partes, lo que para algunos es considerado como un atributo más de este método alternativo. Así, el Profesor AUDIT señala que *en los Estados —minoritarios— donde ésta no está formalmente consagrada, la autonomía de la voluntad se introduce de vez en cuando gracias a una especie de caballo de Troya : las leyes sobre el arbitraje (AUDIT, 2011).*

Para concluir, en esta serie de sentencias de la Corte de Casación la decisión recaída al caso *SNF SAS c. Cytec Industries BV*, Primera Sala Civil de la Corte de Casación, 4 de junio de 2008 aporta elementos interesantes a la acotación de la violación al orden público. En esta decisión, *La Corte de Casación consideró que la violación al Derecho Europeo de la Competencia como norma internacionalmente imperativa sólo implicaba inconformidad con el orden público internacional si la violación era flagrante, efectiva y concreta*" (ALBORNOZ, 2014). Los elementos que esta decisión aporta resultan muy importantes pues establecen que para que la excepción de orden público se active deberá ser flagrante, efectiva y concreta, no basta con una simple alusión a una contrariedad al orden público para que pueda ser empleada por el juzgador.

De las decisiones anteriores es posible constatar cierta coherencia en la intención de los tribunales franceses de limitarse lo mayor posible a intervenir con el arbitraje. Es necesario aclarar, que la respuesta dada por los tribunales franceses constituye sólo un ejemplo el cual se toma como referencia para este análisis; sin embargo, cada sistema jurídico posee una respuesta distinta a la oposición entre orden público y arbitraje. Resulta evidente que el estudio profundizado de las distintas respuestas posibles constituye una labor fuera del objeto de este capítulo pero resulta eficiente para fines didácticos.

4. POSIBLES RESPUESTAS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Ahora bien, una vez que se estableció en la primera parte de este capítulo el marco jurídico del concepto de orden público en el sistema jurídico mexicano tanto en su acepción interna como en su proyección internacional y que posteriormente se analizó la solución aportada en el sistema jurídico francés, los cuestionamientos surgen sobre el posible resultado en el sistema jurídico mexicano.

A este respecto, no es posible dar una respuesta infalible en virtud de que no se han llevado frente a los tribunales mexicanos cuestionamientos idénticos a los dirimidos por los juzgadores franceses. No obstante, es el objetivo de este apartado el poner en contexto algunas decisiones de la justicia mexicana y otros argumentos que pudieran constituir herramientas para la construcción de dicha solución.

En primer lugar, es posible constatar la decisión de un Tribunal Colegiado respecto a las facultades de los jueces del *exequátur* para revisar el laudo; así, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito entendió en un fallo emitido en marzo de 1996 que *los jueces no están autorizados para revisar laudos de manera completa, pues equivaldría a revisar si en las cuestiones de fondo el árbitro aplicó correctamente el derecho en el caso sometido a su cesión*¹².

Es importante remarcar que la decisión en el caso *Megaluf* no ha sido constante en el acervo jurisprudencial. Lo anterior se explica por el cambio que se registró una vez que las causales de anulación del laudo previstas en la Ley Modelo UNICTRAL fueron retomadas por el artículo 1462 del Código de Comercio; el Profesor FERNÁNDEZ nos recuerda que *la jurisprudencia anterior a su entrada en vigor muestra una tendencia sustancialmente respetuosa con la labor de los árbitros, aunque también excesivamente proclive a considerar que cualquier incorrección procesal por parte de éstos era subsumible dentro del concepto de orden público* (FERNÁNDEZ ROJAS, 2007).

12 Amparo Directo DC-1664/96 ("Megaluf, S. A. de C. V."), Semanario Judicial de la Federación, novena época, t. V, mayo de 1997.

Algunos académicos mexicanos están de acuerdo en que *aún en presencia de las leyes de policía o principios de orden público, el control del laudo por el juez de nulidad o ejecución debe ser mínimo y no puede anular o no ejecutar el mismo más que en casos excepcionales* (GONZÁLEZ DE COSSIO, 2011).

Así pues, tomando en cuenta que en el sistema jurídico mexicano los contratos internacionales no cuentan con una regulación específica sino que encuentran su ley aplicable dentro del mismo derecho nacional y en las convenciones internacionales aplicables de las cuales México forma parte; que la excepción de orden público se encuentra presente en todas las convenciones sobre arbitraje internacional firmadas por México en conjunto con el ordenamiento jurídico interno, la jurisprudencia existente y la opinión de los expertos en la materia; es viable afirmar que la respuesta de los jueces mexicanos tendrá mucho en común con las decisiones de los tribunales franceses.

5. CONCLUSIONES

Para finalizar esta reflexión y con el celo de no parecer repetitivo en los argumentos avanzados es necesario manifestar que, si bien concordamos en que la evolución del arbitraje comercial internacional ha de apoyarse en una tendencia a reconocer una libertad más amplia a las partes, consideramos que esta justicia auto-compositiva tendría efectos negativos en nuestras sociedades si se ejerce sin control.

En lo que toca a este control ejercido a través de la noción de orden público, constatamos que es un concepto con una dualidad interesante pues por una parte puede constituirse como una herramienta útil para la protección del sistema jurídico de un país determinado frente a una globalización y privatización de la justicia en el comercio internacional; pero por otra parte puede ser utilizado en exceso y frenar con ello el avance de una justicia auto-compositiva que se ha mostrado efectiva y ha fomentado las relaciones comerciales internacionales.

Frente a esta situación consideramos que la solución aportada por el sistema jurídico francés parece justificable y coherente en dicho sistema jurídico al permitir la excepción del orden público al reconocimiento o

la validez de un laudo, sometiéndolo a un estándar riguroso en el cual la violación al orden público deba ser flagrante, efectiva y concreta. Sin embargo, tomando en cuenta que los motivos detrás de las decisiones judiciales analizadas varían de los sistemas jurídicos latinoamericanos a los sistemas de países como Francia, Estados Unidos o Inglaterra.

Por lo que corresponde a los casos mexicano y francés, aunque similares no son idénticos. Uno de los motivos de los juzgadores franceses para la apertura al arbitraje se encuentra en el deseo de este país de convertirse en sede de los mismos. En este contexto es posible afirmar que si México desea convertirse en una plaza atractiva para el arbitraje internacional y si así lo considera *conveniente*, deberá seguir la tendencia marcada por países como Francia, en el entendido de que la vía para lograrlo implicará una flexibilización en la aplicabilidad de sus normas de aplicación inmediata; estando sobre aviso de que el árbitro, por ser un ente privado, no se encuentra compelido para tener en cuenta el orden público o las leyes de policía de país alguno.

Es difícil decir si resulta conveniente para México el convertirse en una sede del arbitraje comercial internacional en detrimento de la aplicabilidad de normas consideradas de particular importancia para nuestro país, sin embargo sabemos que para lograr convertirse en faro del arbitraje internacional habrá que hacer concesiones.

Consideramos que la actual posición Mexicana guarda un equilibrio entre las facultades de los actores privados de la impartición de justicia y las facultades de revisión de los jueces del foro. Constatamos que los tribunales mexicanos no han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la amplitud del orden público, a diferencia de los tribunales franceses que han acotado de manera más o menos restrictiva el empleo de esta excepción y si bien se expresó que creemos que la respuesta del juzgador mexicano tendrá ciertas similitudes con la de su homólogo francés también sabemos que existen otros elementos que entran en juego como la cooperación internacional y la reciprocidad entre otros.

Finalmente consideramos que es posible concordar con una primacía del acuerdo arbitral cuando los actores se encuentran en igualdad de posición, no obstante el matiz cambia cuando se encuentran involucrados

actores con diferentes posiciones de fuerza como lo son los consumidores en donde el juzgador deberá tomar abordar con mayor recelo la relación de equilibrio entre la autonomía de las partes y el orden público.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, M. M. (2014). La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, XLVII* (139), 13–38.
- AUDIT, B. (2011). *Election par les parties de la loi applicable au contrat* (pp. 327–343). Presented at the Contrats et arbitrage à l'ère globale: journées franco sud-américaines de droit comparé, Buenos Aires, Argentina.
- BATIFFOL, H. (1956). *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris.
- BOGGIANO, A. (1983). *Derecho Internacional Privado* (2a ed., Vol. 1). Buenos Aires: DEPALMA.
- CONEJERO ROOS, C. (2005). La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un análisis comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, 32(1), 89–138.
- D'AVOUT, L. (2013). Nota al fallo Société Michel A. Chalboub Inc. c. Société Daum, Corte de Apelaciones de Paris, 23 de octubre de 2012. *Revue de l'Arbitrage*, (1).
- DE VAREILLES-SOMMIERES, P. (2011). Lois de police et politiques législatives. *Revue Critique de Droit International Privé*, 100(2).
- FERNANDEZ ROJAS, J. C. (2007). La Constitución Mexicana y el Arbitraje Internacional. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (16). Retrieved from <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard6.htm>
- GONZÁLEZ DE COSSIO, F. (2011). *Arbitraje* (3a ed.). México: Porrúa.

- JOSÉ LUIS SIQUEIROS. (2009, May). El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales. *Pauta Boletín Informativo Del Capítulo Mexicano de La Cámara Internacional de Comercio A.C.*, (5). Retrieved from <http://www.iccmex.mx/pautareducida/pauta59reducida.pdf>
- MEREMINSKAYA, E. (2007). La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada. *Iuris Dictio*, 127-130.
- PEREZNIETO CASTRO, L. (1999). *Derecho Internacional Privado. Parte General* (Séptima edición.). México: Oxford University Press.
- PEREZNIETO CASTRO, L., & GRAHAM, J. (2009). *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*. México: Limusa.

SECCIÓN II

LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIAL

LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

PEDRO PAUL RIVERA HERNÁNDEZ¹

Universidad Autónoma de Nuevo León

GERARDO TAMEZ GONZÁLEZ²

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen: El presente capítulo tiene como finalidad estudiar la mediación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en el ámbito internacional, realizando un breve análisis teórico, señalando su conceptualización desde la importancia que se le da al mediador y a las partes. Se realiza un breve repaso respecto a su uso como procedimiento para la resolución de diversos conflictos a nivel internacional y, por último, mencionamos algunos resultados de su aplicación en base a

- 1 Doctor en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas, Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestría en Derecho Procesal Constitucional y Licenciatura en Derecho por la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Profesor en la Maestrías en Relaciones Internacionales y Ciencias Políticas y Coordinador de Planeación de Posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública. Correo electrónico: pedro_riverahdz@hotmail.com
- 2 Doctorado en Gerencia y Política Educativa. Maestría en Políticas Públicas. Licenciatura en Relaciones Internacionales y Licenciatura en Ciencias Políticas. Profesor de Tiempo Completo e investigador. Imparte cátedras en los niveles de licenciatura y Posgrado. Actualmente Director de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública, de la Universidad Autónoma de Nuevo León; gerardo.tamezg@uanl.mx

La Mediación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos

las experiencias de diversos países tales como Estados Unidos, Chile y México en los cuales ha tenido avances significativos.

Palabras clave: mediación, conflicto, relaciones internacionales

Keyword: Mediation, conflict, international relations.

Sumario: 1. Introducción; 2. Panorama General de la Mediación; 3. La mediación en el ámbito internacional como mecanismo para la resolución de conflictos desde una perspectiva social; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva de encontrar formas a través de las cuales se resuelvan los diversos conflictos que se presentan a nivel internacional, algunos países como Estados Unidos, Canadá, Chile, Argentina y España, entre otros, se han preocupado por esta situación dando como resultado la implementación de los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales encontramos la mediación, negociación, conciliación y el arbitraje. En concreto nos enfocamos en analizar la implementación de la mediación, desentrañando algunos de sus rasgos más importantes con el objetivo de aclarar sus bondades en la solución de conflictos. Realizamos un estudio de su concepto tomando en cuenta la importancia que se le brinda al mediador y por otro lado a las partes. Es necesario mencionar que tanto uno como otro juegan un papel trascendental en el procedimiento, debido a que son directamente ellos quienes buscan las posibilidades a través de las cuales se llegan a acuerdos benéficos para las partes.

Aunado a lo anterior, señalamos algunos aspectos que, desde nuestro punto de vista nos parece interesante resaltar relativos a la utilización de la mediación en la solución de conflictos a nivel internacional y analizando diversos estudios realizados en países como Estado Unidos, Chile y México lo cual nos brinda un panorama general del impacto social de este mecanismo.

2. PANORAMA GENERAL DE LA MEDIACIÓN

Los conflictos han estado presentes desde tiempos inmemorables. Desde la aparición del hombre, las relaciones interpersonales ponen en riesgo la cohesión social. A nivel de las relaciones internacionales, observamos que los conflictos pueden desencadenar en consecuencias graves. Por ello, el desarrollo de los mecanismos alternos de solución de conflictos se presenta como un tema innovador a nivel mundial. Se consideran una opción que es viable para la resolución de la mayoría de los conflictos, es decir, que estos mecanismos sirven como complemento a los procedimientos jurisdiccionales en la búsqueda de una cultura de paz en el mundo.

Una vez que se constituye el Estado, los ciudadanos consideramos que éste tiene la responsabilidad de intervenir para resolver las disputas que se nos presenten, sin embargo, es pertinente resaltar que si bien es cierto, el orden jurídico y social lo regula el Estado, indudablemente es necesaria la participación activa de los ciudadanos. Uno de los factores imprescindibles en estas interrelaciones es el comportamiento humano. Todos y cada uno de los que participamos en una sociedad nacional y en un entorno global somos diferentes, con intereses y sentimientos distintos, lo cual nos complica la convivencia (GORJÓN GÓMEZ & SÁENZ LÓPEZ, 2009).

Por tanto, lo trascendental es el lograr que los conflictos presentes en la sociedad sean resueltos de manera pacífica, evitando que sean obstáculos en el establecimiento de una cultura de paz. Es por ello que surgen los métodos alternos de solución de conflictos, los cuales tienen como principal finalidad el lograr de manera pacífica resolver las diferencias que se presenten entre las partes en conflicto. Asimismo, en los conflictos comerciales internacionales es parte fundamental la participación de las partes para que entre ellas mismas, con apoyo del mediador, quien actúa como tercero neutral e imparcial, puedan encontrar una solución a sus diferencias y además se restablezcan las relaciones que tuvieron antes del conflicto.

Los métodos alternos de solución de los conflictos son procedimientos alternativos al litigio para la resolución de conflictos entre personas,

grupos, sociedades o países, definidos como aquella forma alterna al proceso judicial para resolver conflictos y de características multidisciplinarias, *una vía diferente al sistema adversarial* (GORJÓN & STEELE, 2008). Es decir, se destaca la trascendencia que tienen las partes al momento de implementar algún mecanismo de esta naturaleza, dado que es a través de ellas que se puede llegar a un acuerdo de forma pacífica y por ende, sin la necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales.

Como integrantes de una sociedad, hemos aprendido, que al surgir un conflicto con tendencias a ser resuelto mediante la existencia de un ganador y un perdedor –percibido así por los mismos actores del conflicto–, la vía principal de resolución es el litigio. Desafortunadamente, esta tendencia se generaliza a los responsables de la impartición de la justicia. Es así, que la propia formación académica de los abogados está dirigida en sentido de combate, preparándolos con las armas necesarias para presentarse ante un tribunal y resolver los conflictos de sus clientes mediante el gane de querellas, demandas, denuncias, etc.

Sin embargo, actualmente atravesamos por una época de importante globalización y cambios ideológicos, por lo que los mecanismos alternativos de solución de conflictos con sus características y beneficios, han ido creciendo en utilidad y aceptación dentro de los especialistas en materia de justicia, aumentando día con día los profesionales convencidos de sus beneficios y ventajas.

Estos mecanismos, en particular la mediación, abren una vía generalizada de acceso más rápido y eficiente a una forma de justicia, quizá más equitativa, desde el punto de vista en que los actores principales del conflicto son los encargados de tomar las decisiones hacia su resolución y no simplemente juegan un papel de aceptación a la imposición de un tercero, por lo que los interesados, *debemos dirigir todos nuestros esfuerzos de manera que se permita acceder realmente a la justicia a través de los MASC* (GORJÓN & STEELE, 2008), asegurando el crecimiento continuo en la culturización dirigida al uso y aplicación de los mismos por nuestra sociedad.

Hablar de mecanismos alternativos de solución de conflictos es un tema de trascendencia internacional. Su inclusión en las diversas le-

protagonismo de las partes dentro del procedimiento y la segunda, de acuerdo a la importancia que se le brinda al mediador como tercer neutral.

En la primera, tenemos a FOLBERG y TAYLOR (1992) quienes señalan que es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.

Otra conceptualización señala que la mediación es aquél método de solución de conflictos en el cual las partes tienen la oportunidad de superar o componer de manera directa, rápida y económica sus diferencias susceptibles de transacción límite legal de los conflictos a mediar, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, obteniendo de manera voluntaria un resultado gana-gana (GARCÍA MURILLO & GÓMEZ BIVIAN, 2009). Desde esta perspectiva, observamos la prioridad otorgada a las partes, al brindarles el poder de decidir la forma a través de la cual se resolverán las diferencias que se están ventilando dentro del procedimiento. Al mismo tiempo, se desprenden beneficios por utilizar dicho procedimiento, tales como rapidez, menor costo que en un tratamiento del conflicto dentro de un tribunal, trato directo entre las partes, etc. En este aspecto, la mediación aplicada a conflictos comerciales, nos parece que juega un papel trascendental, debido a que al realizar este procedimiento se les da la libertad a las partes de externar sus intereses y necesidades y en base a ellas lograr un acuerdo que beneficie a ambas.

En este sentido los autores le brindan un papel fundamental y protagónico a los participantes, al ser éstos los que finalmente decidirán la resolución de sus conflictos, convirtiendo a los mediadores en colaboradores comunicacionales entre ellos, que facilitan un procedimiento que hace hincapié en la responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas (FOLBERG & TAYLOR, 1992), es decir, constituye un procedimiento que confiere autoridad sobre sí mismas a cada una de las partes, privilegia la voluntariedad que debe existir en un procedimiento de mediación.

A su vez, encontramos autores que definen a la mediación tomando en cuenta el protagonismo del propio mediador como tercero neutral, imparcial y experto en técnicas comunicacionales que coadyuva dentro del procedimiento para lograr la solución al conflicto que se ventila.

Desde este punto, la mediación se define como la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión, para ayudar a las partes en una disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable (CHRISTOPHER MOORE, 1995). En esta conceptualización MOORE agrega términos como la imparcialidad, la neutralidad y la ausencia de poder por parte del mediador, que va perfilando las directrices propias de este mecanismo alternativo. El mediador posee *únicamente la facultad de actuar coadyuvando para que las partes tengan una comunicación congruente y que de ella surjan opciones para solucionar el conflicto en las cuales ambas partes ganen y queden satisfechas con el acuerdo al que lleguen.*

Por su parte, PICKER (2001) manifiesta que es un proceso que emplea a un tercero neutral —el mediador— para facilitar las negociaciones entre las partes de un conflicto con el fin de llegar a una solución mutuamente aceptable. Aquí, observamos claramente el principio ganar-ganar, según el cual, a diferencia de un procedimiento judicial, las partes satisfacen parcialmente sus intereses y necesidades, quedando plasmado su consentimiento para el cumplimiento de lo pactado en el acuerdo resultado del procedimiento.

Desde nuestro punto de vista, consideramos muy valiosas todas las aportaciones realizadas por los autores en mención, y a la vez, nos damos cuenta que no existe uniformidad respecto a una idea absoluta de mediación, diversos autores nos dan referencias en distintos contextos. Lo importante es destacar que con el transcurso del tiempo este mecanismo ha tomado un papel trascendental a nivel internacional en la solución de diversos conflictos. Además que como estrategia social cuenta con la ventaja de una multidisciplinariedad de impacto y aplicación.

Ofrece soluciones más rentables, prácticas y efectivas que la metodología de controversia judicial clásica (ORTUÑO MUÑOZ & HERNÁNDEZ

GARCÍA, 2007). Y dentro de sus ventajas principales destaca el alivio que proporciona a los tribunales por el desahogo de casos, el ahorro de tiempo por la celeridad del proceso, ahorro de dinero, el ganar-ganar, el aumento de la creatividad, el protagonismo de las partes, acuerdos a largo plazo, el aprendizaje que deja la resolución pacífica del conflicto para futuras situaciones conflictivas. A su vez, en el caso concreto de comercialización internacional, por todo lo ya mencionado, es de suma importancia debido a que, al utilizar este mecanismo en la resolución de sus conflictos, claramente observamos estas ventajas dentro del procedimiento.

3. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL COMO MECANISMO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIAL

Ahora bien, el impacto social de la mediación en las relaciones internacionales tiene un papel muy importante dentro de las mismas. Por ello, es pertinente mencionar que México ha sido mediador en conflictos internacionales entre el período de 1070 a 1997, en países como El Salvador, Nicaragua, Panamá, Cuba, por mencionar algunos (GORJÓN GÓMEZ & SÁENZ LÓPEZ, 2009). Por tanto, es necesario señalar brevemente la evolución que han tenido los MASC a nivel internacional.

Al norte del Continente Americano, específicamente en Estados Unidos, los antecedentes más antiguos de la mediación institucionalizada los encontramos con la creación de la Chinese Benvolent Association (FOLGER & TAYLOR, 1992) en el año de 1882. Posteriormente la creación del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos de América en el año de 1913 el cual contemplaba una sección dedicada a la conciliación de conflictos entre los sectores obrero y patronal y en 1918 esta sección se convertiría en el Servicio de Conciliación de Estados Unidos (MOORE, 1995).

Asimismo, en 1920 se crea el Jewish Conciliation Board, fundado por la comunidad judía norteamericana en la ciudad de Nueva York (MOORE, 1995). En 1939 se crea el Servicio de Mediación y Conciliación Familiar para el estado de California. Fue en 1970 cuando se crearon los centros comunitarios de mediación, patrocinados por el Fiscal General

(GORJÓN GÓMEZ & SÁENZ LÓPEZ, 2009). En 1980 el Congreso convierte en ley federal el Acta de Resolución de Disputas, la cual disponía la elaboración de un programa dentro del Departamento de Justicia que, a su vez, crearía un Centro de Información y un Comité Asesor con apoyo financiero para el desarrollo, implantación y patrocinio de los MASC (GORJÓN GÓMEZ & SÁENZ LÓPEZ, 2009). A partir de 1990 el Congreso impuso a los Tribunales federales la obligación de designar una comisión para implantar dichos MASC que incluyeran a la iniciativa privada. En Canadá, existen instituciones creadas desde 1970, sin embargo, hasta 1985 se legisló la mediación como tal en el ámbito familiar con la Ley Federal de Divorcio.

En relación a su formalización y profesionalización tenemos que emergió en Estados Unidos, en la década de 1930, para resolver conflictos laborales y se utilizó como un modo de abordaje alternativo a la justicia (ROZENBLUM DE HOROWITZ, 2007, p. 16). El crecimiento exitoso de la mediación en este país alcanza niveles extraordinarios a finales de los años sesenta y principio de los setenta, donde se vislumbra un gran interés por la sociedad estadounidense, con el objetivo de solucionar problemas que no necesitaban estar en el sistema judicial. La utilización de este mecanismo alterno fue muy satisfactoria la sociedad se vio beneficiada por las bondades con la cuenta, además de la participación activa que poseen las partes en el procedimiento, lo que llevó a los demás países a interesarse e incluirla en sus legislaciones para lograr solucionar los conflictos que les aquejaban, tal es el caso de Inglaterra, Francia, España, México, Argentina, Chile, entre muchos otros (VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, 2012).

En cuanto a los países latinoamericanos, Colombia es uno de los más avanzados en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos. Se creó la Ley 23 de 1991, en la cual el Congreso Nacional reguló una serie de mecanismos que actúan como alternativas a la justicia tendiente a descongestionar la vía judicial. Los centros de mediación están bajo el control del Ministerio de Justicia. Dicha ley obliga a las facultades de derecho a organizar un centro de mediación cuyo servicio sea gratuito. A partir de 1989 existe conciliación previa obligatoria en todos los campos del derecho (GORJÓN GÓMEZ & SÁENZ LÓPEZ, 2009). Argentina también demuestra un gran avance al impulsar estos

mecanismos en distintos sectores como sociales, políticos, académicos y gubernamentales. De acuerdo con la Ley 24.573 la mediación es obligatoria previa a la vía judicial.

En México se vivió un cambio radical en cuanto a la aparición de los mecanismos alternativos de solución de conflictos debido a la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), considerado el Tratado comercial más influyente para México, caracterizado por un bloque comercial entre Estados Unidos, Canadá y México que establece una zona de libre comercio, mismo que entró en vigor el 1 de enero de 1994.

Dentro de las negociaciones llevadas a cabo para la firma del mismo, Estados Unidos exigió a México contar con una normativa *ad hoc* para la resolución de los conflictos que se pudieran generar derivados de las operaciones comerciales. De tal forma, en el contenido de su artículo 2022 Medios Alternativos para la Solución de Controversias, se sentaron las bases para la resolución de conflictos.

Artículo 2022 del TLCAN:

1. En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.
2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
3. Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.
4. La Comisión establecerá un Comité consultivo de controversias comerciales privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias co-

merciales internacionales privadas. El comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

México tiene suscritos 11 tratados de Libre Comercio que prevén la negociación, la mediación y el arbitraje como los principales instrumentos para resolver conflictos que puedan surgir entre los 32 países socios (GORJÓN & STEELE, 2008).

Ahora bien, regresando al acuerdo para la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en cumplimiento a lo solicitado por los Estados Unidos, el Código de Comercio, en su Título IV adopta la Ley Modelo de Arbitraje Comercial, y en la actualidad más de treinta y dos leyes de carácter administrativo federal prevén la aplicación de los estos mecanismos. Tomando en cuenta su inclusión a nivel mundial, consideramos necesario lograr su institucionalización, lo que se logrará con el apoyo de las Naciones en coordinación con los ciudadanos para lograr una cultura de paz y que la sociedad pueda vivir en un ambiente armónico.

Existen numerosos estudios que se han realizado en el intento de desentrañar las principales ventajas y características de la mediación, por mencionar algunos, en Washington, Nueva Jersey y Massachusetts, se realizó una investigación acerca de los programas anexos a tribunales en los estados mencionados, la cual arrojó interesantes conclusiones sobre su aplicación y sus resultados. El 90% de los usuarios dijo haber quedado completa o parcialmente satisfecho con el programa, mientras que un 92% señaló que volvería usarlo de nuevo en caso de requerirlo.

Tabla 1. Satisfacción de la mediación en Washington, Nueva Jersey y Massachusetts

	<i>Satisfacción completa o parcial</i>	<i>Volverían a utilizarla</i>
Porcentaje	90 %	92 %

Fuente: VARGAS, M. (2008). Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho*, 183-202.

En cuanto al nivel de acuerdo alcanzado, en el caso del programa de WASHINGTON D.C., del total de casos mediados un 87% terminó con un acuerdo; en el programa de Nueva Jersey un 55% de los casos y en Massachusetts, un 63% concluyó de esta forma. Este estudio no contiene datos sobre niveles de cumplimiento (VARGAS, 2008).

Tabla 2. Nivel de acuerdo alcanzado

Estado	Porcentaje
Washington D.C.	87 %
Nueva Jersey	55 %
Massachusetts	63 %

Fuente: VARGAS, M. (2008). Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho*, 183-202.

Otro estudio a considerar es el realizado en Chile. La evidencia empírica muestra un alto nivel de satisfacción con el proceso de mediación (93% entre aquellos que arribaron a acuerdos y un 65% entre los que no llegaron a acuerdo alguno), con niveles de acuerdo por sobre el 54%, pero con índices de cumplimiento por bajo del 50% (VARGAS, 2008, p. 191).

Tabla 3. Nivel de Satisfacción

Con acuerdo	93 %
Sin acuerdo	65 %
Nivel de acuerdo	54 %
Cumplimiento	50 %

Fuente: VARGAS, M. (2008). Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho*, 183-202.

También existen estudios realizados en los Estados Unidos respecto a actividades comerciales. En una investigación se demostró que el coste total de los litigios por reclamaciones relativas a responsabilidad extracontractual (*torts*), en Estados Unidos se elevó en 1985 entre 29 y 36 billones de dólares, mientras que los reclamantes sólo recibieron indemnizaciones netas (deducidos de costes) totales de 14 a 16 billones (MULLERAT, 2003).

De tal manera, en los Estados Unidos la lentitud de los procedimientos judiciales debido a la excesiva carga de trabajo, ha generado la implementación de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*, por sus siglas en inglés) en conflictos comerciales innovando los procedimientos en esta materia, al incursionar estos mecanismos, independientemente de la formación académica de los empresarios y juristas que la única opción que conocen para resolver los conflictos es la vía judicial. Actualmente prefieren solucionar sus diferencias utilizando las ADR entre otras, por la honestidad, credibilidad, capacidad de los encargados de aplicarlas. A tal grado que, muchos expertos opinan que la justicia de las ADR debe considerarse equiparable a la del sistema judicial y no un sistema secundario o complementario (MULLERAT, 2003).

Sin embargo, en México existen factores que han afectado el crecimiento de la aplicación de la mediación en general, tal es el caso del estudio elaborado por GORJÓN (2009) en el Estado de Nuevo León en el que nos expone mediante la aplicación de un instrumento a una muestra de 384 personas, el grado de conocimiento relacionado con el tema de mediación. Dicho estudio proporciona resultados con un nivel de confianza del 95 %.

Tabla 4. Resultados respecto a la mediación en Nuevo León

	Porcentaje
Desconocimiento	81 %
Conocimiento	19 %

Fuente: GORJÓN GÓMEZ, F., & BADIL, M. (s.f.). Mediación y Arbitraje, Factores de Internacionalización del Sistema Judicial. Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 343-378.

Para finalizar, es necesario destacar que una de las principales características de los métodos alternos de solución de conflictos es que sus propias cualidades nos acercan más a la justicia y a la equidad que la vía judicial (GORJÓN & STEELE, 2008). Con la aplicación de la mediación, se busca lograr en la sociedad una cultura de paz, que evite acudir a los procedimientos judiciales, que además de requerir una alta inversión de tiempo, generan repercusiones sociales, económicas, e incluso emocionales a las partes. A su vez, su implementación en la búsqueda de soluciones

de conflictos internacionales brinda oportunidades de crecimiento entre las partes, que enriquecen el contacto y las relaciones que dieron origen al conflicto. A su vez, su utilización en conflictos comerciales a nivel internacional genera una mayor seguridad jurídica y confianza debido a que el acuerdo que se genera es signado de forma directa por las partes.

4. CONCLUSIONES

Por nuestra parte, consideramos de gran trascendencia la implementación de la mediación y su reconocimiento como un mecanismo alternativo eficaz, eficiente, rápido, accesible que brinda a las partes en conflicto la seguridad jurídica y confianza que éstas buscan para la resolución de sus diferencias. Su actuación es fundamental en la gestión de los conflictos.

Como ya lo señalamos, la cultura es uno de los aspectos más importantes en cada país, pues a través de ella nos formamos en nuestras creencias y actos que realizamos de manera cotidiana. De tal suerte podemos señalar, en términos generales que la formación que recibimos va en el sentido de que cualquier incumplimiento de un acto jurídico sea resuelto a través de una autoridad jurisdiccional. Sin embargo, la mediación es un mecanismo que genera un mejor resultado, debido a que las partes son quienes deciden el contenido del acuerdo al que se comprometen. Además, su utilización en el ámbito comercial ha ido avanzando cada vez más, independientemente de la formación profesional de los empresarios y con una visión de apertura por parte de los juristas que participan en estos procedimientos. Básicamente por la rapidez, el costo y la participación activa de las partes.

Por último, su consolidación a nivel internacional, su regulación normativa, permitirá una culturización de paz entre la sociedad, permeando positivamente en las conductas a tomar cada que exista un conflicto de esta naturaleza. La mediación ha tenido una gran aceptación a nivel mundial, sin embargo, se requiere que cada vez más, tanto en la sociedad como en el Estado haya una coordinación en su actuar, con el objetivo de lograr una cohesión social.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR VILLANUEVA, L. F. (1994). *Política Pública*. México: Biblioteca Básica de Administración Pública.
- CARULLA, P. (2003). *Mediation: an effective alternative to solve commercial disputes*. 121-154.
- FOLGER, J., & TAYLOR, A. (1992). *Mediación, resolución de conflictos sin litigio*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- GARCÍA MURILLO, J. G., & GÓMEZ BIVIAN, L. H. (2009). Panorama General del Arbitraje en México. En J. E. VARGAS VIANCOS, & F. J. GORJÓN GÓMEZ, *Arbitraje y Mediación en las Américas* (pp. 305-316). México: CEJA-UANL.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J., & SÁENZ LÓPEZ, K. A. (2009). *Métodos alternos de solución de controversias*. México: CECSA.
- GORJÓN, F. J., & STEELE, J. (2008). *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México: Oxford.
- MOORE, C. (1995). *El Proceso de Mediación, Métodos practicos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica.
- MULLERAT, R. (2003). *Alternative Dispute resolution in State United of America*. 45-73.
- ORTUÑO MUÑOZ, J. P., & HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2007). *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. España: Fundación Alternativas.
- PICKER, B. (2001). *Guía práctica para la mediación. Manual para la resolución de conflictos comerciales*. Argentina: Paidós.
- ROZENBLUM DE HOROWITZ, S. (2007). *Mediación. Convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*. Barcelona: GRAÓ.
- VARGAS, M. (2008). Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho*, 183-202.
- VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, R. L. (2012). La mediación escolar como herramienta de educación para la paz. Murcia, España: Universidad de Murcia.

MÉTODOS ALTERNOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS EN LA INDUSTRIA DEL SEGURO: PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y SISTEMA ESPAÑOL

MARTA GONZALO QUIROGA¹

Universidad Rey Juan Carlos

KARLA SÁENZ LÓPEZ²

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. El presente capítulo tiene como finalidad analizar la realidad de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) en el sector asegurador. La actuación de los MASC en la prevención y gestión de conflictos en un sector clave en el comercio internacional, como es la industria del seguro, ofrece una serie de respuestas y alternativas muy a tener en cuenta en la actualidad. Sin embargo, su utilización en el ámbito asegurador y reasegurador es desigual. No todos los ADR se emplean con la misma intensidad destacándose, entre ellos, la negociación, el arbitraje y la mediación. Tampoco su uso es universal ni se emplea con la misma proyección para todos los tipos de seguros. Su utilización, no obstante, sería muy recomendable en el ámbito de los seguros y reaseguros. Ello implica una mayor difusión de los mismos y un mayor conocimiento de su empleo para todos los agentes de la industria del seguro y para la sociedad en general. De ahí que sea fundamental la formación especializada en este ámbito, en particular, en la mediación, prestigiando la figura del mediador en el sector asegurador.

Palabras clave: ADR, MASC, Mediación, Justicia, Seguros.

- 1 Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora Titular en la Universidad Rey Juan Carlos (URJC). Especialista en Métodos alternativos de solución de conflictos (ADR/MASC). Directora y Representante URJC en la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto –CUEMYC–. Formadora en los Cursos de Mediación y Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y en el Módulo de Mediación en el Máster de Acceso a la Abogacía de la URJC, 2013-2014.
- 2 Doctora en Ciencia Política por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1 del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

Keywords: ADR, MASC, Mediation, Justice, Insurances.

Sumario: 1. Introducción; 2. ADR y Seguros; 2.1. ¿Cuáles son los ADRs más utilizados en el sector asegurador?; 2.2. Diferencias generales entre los MASC en este campo; 2.2.1. Negociación; 2.2.2. Transacción; 2.2.3. Evaluación Pericial o Peritos independientes; 2.2.4. Mini Juicio (Mini-Trial); 2.2.5. Arbitraje; 2.2.6. Mediación; 2.2.7. Med/arb (o Arb/Med); 2.2.8. Conciliación; 2.2.9. El Defensor del Asegurado; 3. Ventajas e Inconvenientes de los MASC en la industria del seguro; 3.1 ¿Cuándo un ADR es una opción válida en los seguros?; 3.2. ¿Cuándo no lo es?; 4. Análisis de la realidad aseguradora en España: ¿Es la mediación una herramienta eficaz?; 4.1. Análisis de la justicia en España en el ámbito asegurador; 4.1.1. Razones del análisis; 4.1.2. Resultados; 4.2. ¿Por qué, de entre los ADRs, la mediación?; 5. Conclusiones y Propuestas; 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el comercio internacional, tradicionalmente asimilado a un mayor riesgo y conflictividad, la industria del seguro juega un papel fundamental. La mayoría de los contratos aseguran sus riesgos comerciales a través de diferentes compañías aseguradoras que compiten entre sí, no sólo por proporcionar mejor y mayor cobertura a los siniestros que se puedan producir y en cuanto a la calidad y cantidad de sus pólizas, sino también, en la capacidad para resolver de una manera rápida y eficaz los conflictos que naturalmente se derivan del tráfico propio de la industria del seguro. Conflictos generados entre las compañías y sus clientes, personas físicas o jurídicas, por dudas o desacuerdos en su relación contractual, cuantías aseguradas, y los riesgos cubiertos; desavenencias entre aseguradoras entre sí; entre aseguradoras y reaseguradoras o entre estas últimas. Sin agotar con ello las posibilidades litigiosas que se multiplican en un mercado globalizado y una industria del seguro que ha de estar a la última para ofrecer en sus pólizas y contratos la mejor competitividad y alternativas desde todos los ámbitos. De hecho, los conflictos generados en el ejercicio del comercio y la capacidad y la eficacia en la resolución de los mismos es un elemento muy a tener en cuenta a la hora de contratar entre las diferentes compañías aseguradoras.

En este contexto, la sigla ADR (*Alternative Dispute Resolution*) ha cobrado amplia popularidad a nivel mundial en el mercado de seguros y reaseguros. Si bien, en ámbitos jurídicos y culturales más similares al nuestro, las siglas se corresponden más apropiadamente con los MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos) o MARC (Medios Alternativos de Resolución de Conflictos). Entre los ADR/MASC destacan aquellos particulares o específicos dentro de cada ámbito jurídico determinado, como los propios de la industria del seguro (por ejemplo, en España: el Servicio de atención al cliente de la entidad aseguradora, el Defensor del Asegurado, etc.) y, los generales, que, además de en los seguros, se utilizan en prácticamente todos los ámbitos: el arbitraje, la mediación y la conciliación. Estos dos últimos, sin ir más lejos, permiten a las partes volver a entablar un diálogo para encontrar una solución a su conflicto en vez de encerrarlos en una lógica de confrontación de la que normalmente surge un vencedor y un vencido (ORTIZ, 2014).

Sin embargo, su utilización en el ámbito asegurador y reasegurador es desigual. No todos los ADR se emplean con la misma intensidad destacándose, entre ellos, al arbitraje y la mediación. Tampoco su utilización es universal ni se emplea con la misma proyección para todos los tipos de seguros. Mientras que en países anglosajones y EEUU la utilización de ADR en el ámbito asegurador es una realidad extendida en la práctica, en los países más próximos al *Roman Law*, como son el mexicano y el español, la mayoría de los países Europeos y la práctica totalidad de los Estados Iberoamericanos, todavía no hay una utilización clara y generalizada de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, ni en el ámbito de los seguros ni en ningún otro en general, al menos con una alternancia real al sistema judicial tradicional.

2. ADR Y SEGUROS

2.1. ¿Cuáles son los ADR/MASC más utilizados en el ámbito asegurador?

Sin pretender realizar un listado taxativo, los tipos de ADR que se detallan a continuación son los más aceptados mundialmente en el mercado de seguros/reaseguros. Si bien, entre ellos destaca el arbitraje y la me-

diación es importante conocerlos todos y así las partes podrán diseñar el medio más adecuado a sus necesidades. Estos son:

- La negociación
- La transacción
- La evaluación pericial.
- El mini juicio (Mini-trial)
- El arbitraje
- La mediación
- La conciliación
- Los MED/Arb (o arb/med)
- El Defensor del Asegurado.

Si bien, en España, los ADRs/MASC más utilizados en el sector asegurador son: El servicio de atención al cliente de la entidad aseguradora, el Defensor del asegurado, el servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones, la negociación, los convenios sectoriales, los peritos independientes, el arbitraje y, en los últimos tiempos, destaca por encima de los demás el impulso que se pretende dar a la mediación (ALASTRUEY & AYUSO, 2012).

2.2. Diferencias generales entre los principales ADRs que operan en el sector asegurador

A continuación, se resumen las principales diferencias entre algunos de estos métodos alternativos:

2.2.1. Negociación

La negociación es uno de los medios de solución de conflictos primigenios. Es un proceso, podríamos decir un arte, por el que las partes gestionan y resuelven conflictos, acuerdan líneas de conducta, buscan ventajas individuales o colectivas. Es un proceso de interrelación que se

da sin la necesidad de un conflicto. Puede ser el origen de una relación. En ella se establece una comunicación interesada para intentar alcanzar un acuerdo cuya esencia es la búsqueda del mutuo beneficio. La negociación directa entre las partes es el modo más común de resolver un conflicto y sin dudas el de menor costo. Aspecto, este último, esencial, en la industria del seguro, donde las negociaciones directas entre las partes en conflicto o sus abogados constituyen una práctica alternativa muy extendida.

Tiene por fin llegar a un acuerdo o solución a un conflicto sin la presencia de un tercero, por el mutuo acuerdo de las partes y privilegiando sus intereses. Sus reglas están históricamente en la costumbre y el resultado es un acuerdo. Las partes son titulares de los derechos y de las obligaciones, es decir, del objeto que se negocia. Jurídicamente, la resolución de la negociación es la firma de un contrato.

2.2.2. Transacción

La transacción es un contrato. En ella las partes también deben tener disponibilidad del objeto, ya que al igual que en la negociación, se producen recíprocas concesiones para las cuales es necesario poseer la facultad de disponer de los derechos que se pretendan transigir. En España se regula en el artículo 1.809 del Código Civil que señala que: *La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.*

La transacción no transmite derechos u obligaciones sino que declara o reconoce esos derechos u obligaciones sobre los que recae el objeto de la transacción. Como consecuencia de una transacción sí se pueden extinguir obligaciones, bien como señala el artículo 1.156 del Código Civil, por el pago, la condonación, la compensación, etc. o pueden nacer otras como la obligación de comprar, de permutar, de pignorar, de avalar, de renunciar, etc.

La transacción se produce, se negocia, entre las propias partes, se somete a la aprobación de un tercero, que es el juez y tiene para las ellas y por intercesión del este órgano la autoridad de la cosa juzgada. Pero no

procederá la vía de apremio sino mediante la ejecución del Auto de homologación del acuerdo transaccional al que, en España, hace referencia la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer en su artículo 19 que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo.

De gran interés y aplicación práctica en el ámbito asegurador. Sin ir más lejos, en el reciente estudio realizado sobre la realidad de los litigios con componente aseguradora en la justicia ordinaria en España, del 13,2% de los asuntos ingresados en un Juzgado de Primera Instancia debidos a conflictos con componente asegurador, sólo un 30% aproximadamente acaba en sentencia. En un 68,57 % de los asuntos el motivo de la finalización fue mediante Auto o Decreto que homologaba la transacción que se produjo entre las partes o la satisfacción extraprocésal. La resolución de una transacción es la obtención de un Auto de homologación del acuerdo Transaccional.

2.2.3. Evaluación Pericial o Peritos independientes

En el ámbito de los seguros también existe la posibilidad de que las partes acuerdan designar un perito con suficiente experiencia en la materia objeto del conflicto y ambas se comprometen a ajustarse a la decisión pericial. No es, sin embargo, usualmente empleado en el ámbito asegurador español y tampoco europeo, en general, aunque sí en otras latitudes tales como EE.UU., Reino Unido o Australia donde el *Common Law* lo ha receptado como válido para la resolución de conflictos en el ámbito de los seguros.

2.2.4. Mini juicio (Mini-trial) o Audiencia Ejecutiva (Executive Hearing)

ADR/MASC mediante el cual, las partes acuerdan presentar sus casos frente a un panel de ejecutivos imparciales con vasta trayectoria en el mercado de seguros/reaseguros. Normalmente el panel está integrado por dos ejecutivos y un *umpire*. El panel llegará a una conclusión acerca

de cómo debe resolverse la situación respecto de, por ejemplo, el rechazo/aceptación de un siniestro.

Su gran ventaja es su informalidad y flexibilidad. Las partes del conflicto mantienen plena libertad para regular el grado de especialización/sofisticación del panel en la medida de la relación costo/beneficio de utilizar este medio.

2.2.5. Arbitraje

El Arbitraje ha sido tradicionalmente el método alternativo de resolución de conflictos más utilizado, tal vez porque ha sido el más reglado y constituye la alternativa más cercana al sistema judicial. El ámbito de los seguros no ha escapado a ello y varias veces encontramos cláusulas arbitrales para resolver los conflictos que se puedan plantear en el ámbito de los seguros y reaseguros, sobre todo en el ámbito internacional.

En España, se regula genéricamente en la Ley de Arbitraje de 26 de diciembre de 2003. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, reformada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. En el Sector de los Seguros, ya en la Ley 50/1980 de contrato de Seguro, en la Sección IX. Seguro de Defensa Jurídica: Artículo 76 a: *Por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro* y Artículo 76 e: *El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada.* Y, en el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, Artículo 61. Mecanismos de solución de conflictos (Ley General para defensa de los Consumidores, 2014). En todo caso es un procedimiento por el cual las partes titulares del objeto en conflicto, someten la controversia

a la decisión de un tercero que puede actuar bien fundando su resolución en equidad o bien en derecho. Las partes delegan a un tercero (el árbitro), que puede ser unipersonal o colegiado, o perteneciente a una Institución de árbitros especializados en seguros (como, en España, la SEAIDA: Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros), la solución definitiva del conflicto a través de un laudo, que es de cumplimiento obligatorio para las partes.

En la práctica española, por ejemplo, en el ámbito de las aseguradoras y de las reaseguradoras y grandes riesgos la posibilidad y utilización de arbitraje está más extendida, pero si es entre el asegurado (considerado consumidor y, por lo tanto, parte débil) y la aseguradora, el arbitraje está limitado y según, el art. 4. De la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios, los pactos de sumisión a arbitraje sólo podrán pactarse cuando surge la controversia. En el ámbito internacional, su uso ha sido bastante más frecuente, especialmente para resolver disputas vinculadas al reaseguro. Dado el carácter internacional de esta disciplina, y ante el hecho de que las partes son componentes de un mismo mercado (el asegurador participa reteniendo el riesgo en forma primaria para cederlo en todo o en parte a un reasegurador en las diversas formas contractuales/facultativas) la solución del arbitraje ha sido bastante empleada.

El costo puede ser mayor que en las anteriores dado que, en definitiva, el árbitro o el panel de árbitros emitirán un pronunciamiento por escrito al que las partes deben atenerse. Además, en varios casos el tiempo es un factor de clara influencia ya que los árbitros pueden tomar un largo lapso para pronunciarse (CANTILLO, 2000). La resolución del Arbitraje es la obtención de un laudo

2.2.6. Mediación

La mediación consiste en la intervención en un conflicto de un tercero neutral, con el propósito de ayudar a las partes a resolver sus problemas en un ambiente seguro. Es una negociación dirigida por una persona experta en facilitar el entendimiento entre las partes. En España se regula por la Ley 5/2012, 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y por su Real Decreto de aplicación por el que se desarrollan

determinados aspectos de la Ley 5/2012, 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 13 de diciembre de 2013.

Al igual que el arbitraje está muy en boga hoy en día en los mercados más desarrollados de seguros/reaseguros. Su característica clave es que el mediador no emite un pronunciamiento oral ni escrito sino que asiste a las partes para que ellas mismas resuelvan las diferencias. Su carácter confidencial permite a las partes negociar de manera más libre y productiva, sin temor a la publicidad. El procedimiento de mediación está basado en los intereses de las partes. En un litigio ante los tribunales o en un proceso de arbitraje, el resultado de un caso está determinado por los hechos objeto de la controversia y el derecho aplicable. En la mediación, las partes pueden guiarse asimismo por sus intereses comerciales o particulares. Así pues, las partes pueden decidir libremente el resultado considerando el futuro de su relación comercial, institucional, profesional o personal y no únicamente su conducta previa. Cuando las partes tienen en cuenta sus intereses y entablan un diálogo, la mediación suele traducirse en un acuerdo que crea más valor que el que se habría creado si no hubiese surgido la controversia en cuestión. La mediación, por su carácter no obligatorio y confidencial, entraña un riesgo mínimo para las partes y genera beneficios considerables. Es más, podría decirse que, aunque no se llegue a un acuerdo, la mediación nunca fracasa ya que permite que las partes definan los hechos y las cuestiones objeto de la controversia, preparando el terreno para procedimientos arbitrales o judiciales posteriores.

Por su eficiencia, confidencialidad, rapidez, flexibilidad, modernidad y economía es una alternativa muy considerable en el ámbito asegurador. Su coste es variable según las características del mediador y las horas de tarea del mismo en EE.UU. y Europa, mientras que en España distintas instituciones establecen los honorarios fijos que no resultan particularmente elevados. La resolución de la mediación es la firma por las partes de un acuerdo o acta de mediación.

2.2.7. Arb/Med (o Med/Arb)

Las cláusulas ARB/MED (Arbitraje/Mediación) y las MED/ARB (Mediación/Arbitraje) están creciendo últimamente tanto en el ámbito asegu-

rador como en el conjunto de ámbitos mercantiles y civiles que recurren a los ADR. Las cláusulas Med-Arb remiten alternativamente a la mediación, en primer lugar, y si esta falla, directamente al arbitraje, en segundo lugar. O bien, a la inversa, las Arb-med.

2.2.8. Conciliación

Similar a la mediación, donde el tercero (el conciliador) fomenta activamente el logro de una solución al conflicto, teniendo la facultad de generar opciones y propuestas que somete a consideración de las partes, las que pueden aceptarlas o seguir discutiendo. El conciliador propone pero sus propuestas no son vinculantes. Este procedimiento consiste en la actividad de un tercero nombrado por las partes, cuyo objetivo es ponerlas de acuerdo o evitar que acudan a un proceso jurisdiccional o a un procedimiento arbitral. El tercero propone la solución y persuade a las partes. Se le considera una etapa previa al arbitraje. El tercero debe ser un experto en la materia.

El concepto de conciliación merece un tratamiento especial en cuanto a su definición y características por ser extremadamente similar al de mediación. Y, es que ambas figuras están separadas por una línea muy delgada. Tanto es así, que existe una Ley Modelo de la CNUDMI que unifica ambos conceptos y, determinadas leyes en el derecho comparado, como la Ley de conciliación colombiana, se refiere a la conciliación en los mismos términos que nosotros empleamos para la mediación. Desde nuestro punto de vista, consideramos que la conciliación y la mediación deberían, en la práctica de los ADRs/MASC, ser valoradas bajo un mismo concepto.

El conciliador asume como objetivo persuadir a las partes acerca de las ventajas de la conciliación como proceso extrajudicial y extraarbitral. El conciliador resuelve el conflicto y propone una solución, pero no se impone como árbitro o juez, mientras que el mediador sólo propone una fórmula de composición, donde composición significa ideas de solución de conflictos generadas por las mismas partes. El cumplimiento del proceso debe ser voluntario. El proceso termina en el momento en que lo dispongan las partes y, en caso de que lleguen a un acuerdo, el conciliador formula un informe.

2.2.9. El Defensor del Asegurado

En Europa, a pesar de que por ley, según las disposiciones de la Unión Europea, los asegurados deben disponer de un servicio de mediación en caso de un disentimiento con la compañía de seguros con la que han contratado su póliza, a través del defensor del asegurado, sin embargo, la figura del defensor del asegurado no es todavía conocida por el gran público. Ni siquiera por los clientes de las propias compañías de seguros, ya que muchas de éstas no siempre disponen de ella o informan de su existencia. Este asunto es delicado pues, a pesar de que la ley exige que las aseguradoras tengan un departamento de atención al cliente o que designen una persona o entidad como defensor del asegurado. No todas las compañías disponen de este servicio o informan debidamente a sus asegurados acerca de él. Por lo que éste es un factor que deberíamos tener en cuenta y comprobar, antes de firmar nuestra póliza, que nuestra aseguradora dispone de un defensor del asegurado. Así, es fundamental que nos informemos de su existencia y funcionamiento antes de firmar con la aseguradora, no sea que después, cuando sea preciso utilizarlo, ésta nos comunique que no dispone de él, como según algunos expertos afirman, ha venido ocurriendo en algunas ocasiones.

El defensor del asegurado puede ser una entidad o expertos independientes de reconocido prestigio a cuya decisión se someterán las reclamaciones relativas a seguros que formulen los tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados y derechohabientes contra la entidad aseguradora de la póliza. Dichos mediadores pueden ser personas o entidades especialistas en materia de seguros y mediación, que las compañías designan, y que pueden ser profesionales independientes que se encargan de las reclamaciones de los asegurados y pueden llegar a dictar sentencia sobre las desavenencias en materia de servicios y de indemnizaciones. Es decir, en caso de que nuestra compañía aseguradora se niegue o tarde demasiado a cumplir con sus obligaciones a las que creemos que tenemos derecho, podemos recurrir, primero a atención al cliente, y si no surte efecto, a este servicio de mediación, el del defensor del asegurado.

3. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LOS MASC EN LA INDUSTRIA DEL SEGURO

Gracias a los MASC las partes pueden optar libremente por otros medios legales para resolver sus divergencias en los casos que voluntariamente así lo decidan y las vías de solución a alcanzar sean más convenientes, ventajosas y eficientes para ellos en el caso planteado o conflicto determinado. Pero, para ello, claro está, estos otros medios deben estar claramente reconocidos en el sistema, estar convenientemente regulados y, a la vez, han de ofrecer alguna que otra ventaja respecto a la jurisdicción. Ventajas que han contribuido en la práctica a favorecer su difusión y procurar su perfeccionamiento y consolidación. Dado que, precisamente, son estas ventajas las que convencen cada vez más a particulares y empresas, también en el ámbito asegurador, que se deciden a incluir en sus contratos cláusulas por las que voluntariamente se remiten para la solución de sus conflictos, futuros o presentes, al arbitraje, nacional o internacional, a la mediación, o, incluso, las referidas cláusulas Med-Arb o Arb-Med. De modo que, en resumidas cuentas, en materia aseguradora, la elección del arbitraje o la mediación proporciona a las partes, entre otras, las siguientes ventajas respecto a la justicia tradicional.

- **Voluntariedad y libre disposición:** La voluntad o el consentimiento de las partes de someterse a los ADR/MASC es la piedra angular de su existencia. Aunque ésta *no compulsividad* (con diferencias entre diversos sistemas legales) que lleva a que las partes no pueden obligarse entre sí a recurrir a ADR, es vista por algunos autores como una desventaja. También existen ciertas restricciones en el mercado de reaseguros. En el arbitraje, sin ir más lejos, se ha de reiterar que si el asegurado es considerado consumidor y, por lo tanto, parte débil, el arbitraje estaría limitado y según, el art. 4. De la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios, los pactos de sumisión a arbitraje sólo podrán pactarse cuando surge la controversia.
- **Rapidez:** Mayor velocidad en resolver el asunto respecto al sistema judicial e, incluso, respecto al arbitraje. En el ámbito de los MASC y los Seguros y, tras el estudio realizado en España en 2013 sobre Justicia y Seguros, se concluye que en promedio, los asuntos en el

ámbito de tráfico y seguro de daños son los que más demuestran una mayor duración en el Juzgado antes de ser finalizado (pudiendo llegar a superar el año e, incluso dos años). Prácticamente, la totalidad de procedimientos en el ámbito de responsabilidad civil (RC) por daños eléctricos, RC por daños de agua y seguros de personas, han finalizado en los Juzgados en un período de 200 días como máximo; unos seis meses y medio. La mediación, a veces, sólo dura un día (M., 2013).

- Continuidad de las relaciones: los ADR son un claro modo de preservar las relaciones comerciales con clientes, dado que a través de ellas los conflictos se ventilan privadamente y las partes llegan a una solución amigable que les permite continuar con sus negocios. Esto está consagrado dentro del principio de confidencialidad que rige en estos procesos.
- Confidencialidad: De todo el procedimiento y el acuerdo o laudo alcanzado en su caso (GONZÁLEZ ESPADAS, 2014).
- Economía: El costo/beneficio es un factor importante, dado que todos los ADR conllevan el ahorro de los altos costos de las contiendas judiciales.
- Flexibilidad: Flexibles y adaptados a las necesidades de cada parte, de gran utilidad en el ámbito asegurador.
- Especialidad: Árbitros y mediadores especializados en el ámbito de los seguros y reaseguros. Tanto las partes como los auxiliares (mediador, árbitro, peritos, etc.) están enfocados en la faz comercial desde un punto de vista objetivo en el que las partes no pueden colocarse por razones obvias.
- Antiformalismo: Libertad de forma y de actuación, según acuerden las partes, en cada procedimiento. Esta falta de formalismo acerca más la justicia al ciudadano. En este caso al asegurado o reasegurado que se encuentra más cercano al conflicto y a la responsabilidad que tiene en resolver el mismo. En especial, en procedimientos como la mediación en los que las partes afectadas se ven directamente involucradas en su resolución.

- **Modernidad:** *On Line Dispute Resolutions* (ODR) en materia de seguros: La tecnología ha creado una excelente herramienta para la resolución alternativa de conflictos, los ODR, que tienden a desarrollarse en la próxima década. Sin embargo, tiene que ser parte seleccionada por su idoneidad para una mediación o arbitraje en este tipo de entorno en cada caso. No es para todos o cada situación, ni para todos los conflictos en el sector asegurador. Sin embargo, se puede demostrar a sí misma como una herramienta muy valiosa para llegar a soluciones a nuestros conflictos en materia de seguros (ODR y Seguros, s.f.).

En cuanto a las desventajas, por otra parte, un ADR/MASC no siempre es el modo ideal de resolver un conflicto. En ocasiones la frase *más vale mal arreglo que un buen pleito* no es suficiente. De entre los inconvenientes, en el ámbito asegurador, destacamos los siguientes:

- **Voluntariedad:** Lo que muchos autores ven como una ventaja, para otros se transforma en una desventaja en el sentido en que creen firmemente que, en determinados ámbitos, los MASC deberían ser obligatorios. Sobre todo en un primer momento: Obligatoriedad de informar a las partes de los MASC y que esta información sea lo más exacta e imparcial posible. Precisamente, para garantizar que la sesión informativa dada a las partes se ha realizado de un modo serio, asertivo y profesional, se quiere garantizar que la obligatoriedad de la misma corra a cargo de los propios mediadores y no de los abogados. Y, en este sentido, y siguiendo el modelo italiano, están las últimas propuestas de la Unión Europea en temas de mediación.
- Las empresas aseguradoras/reaseguradoras suelen adoptar políticas inflexibles respecto de conductas que esperan de sus asegurados/reasegurados. Así, prefieren defender en pleito un siniestro rechazado ante la convicción de que les asisten suficientes oportunidades de salir victoriosos a fin de sentar un precedente judicial y evitar sentar un mal precedente al haber renunciado a defender su posición en juicio.
- La economía siempre se pone en duda, como posible desventaja, ya que si las partes no se avienen a una mediación, irán a juicio. Te-

niendo que pagar los costes de ambos, de la mediación primero y del juicio después, incrementando así los costes procesales inicialmente previstos.

- Pluralidad de demandados/tes característicos del sector seguros: Esta pluralidad aumenta la complejidad. Muchos magistrados estiman que en casos muy complejos de pluralidad de demandantes y con distintos intereses, no tienen claro que lo mejor sea llevarlo a mediación en estos casos. Es más, estiman que en el campo del seguro, la mediación sería el MASC ideal para resolver los litigios en los que se discute exclusivamente sobre la cuantía (más del 70% de los conflictos en materia aseguradora, en la actualidad), habiendo que dejar el resto en el que se discute del propio contrato o aspectos controvertidos o situaciones complejas de pluralidad de partes, a la justicia pública (CANTILLO, Mercado Asegurador, 2014).

3.1. ¿Cuándo un ADR es una opción válida en la industria del seguro?

Una vez visto tanto las ventajas como los inconvenientes de los ADRs/ MASC en los conflictos planteados en la industria del seguro, tenemos elementos suficientes para discriminar los casos en los que un MASC sería una opción a tener en cuenta para resolver las controversias planteadas en materia aseguradora. Claro está que, de entre todos los MASC, deberíamos también seleccionar cuál de ellos sería el más aconsejable pero, en general, nos atrevemos a señalar que, en los siguientes casos, un ADR podría ser la mejor opción a plantear para gestionar los conflictos en los casos de seguros:

- Cuando la respuesta, en términos jurídicos, no es clara y, en consecuencia, no interesa a ninguna de las partes solventar la incertidumbre que un caso de estas características genera acudiendo a un tribunal judicial.
- Cuando las partes prefieren continuar la relación contractual existente entre ambas. De todos es sabido que dicha continuidad sólo es posible resolviendo sus conflictos a través de un MASC, en especial la mediación. La interposición de una demanda implica automática-

mente romper toda posibilidad de continuidad de las relaciones contractuales en el futuro. En el ámbito de los seguros hay que tener en cuenta, además, el riesgo reputacional que inevitablemente sufren las compañías involucradas en este tipo de conflictos (GONZÁLEZ ESPADAS, 2014).

- Cuando la confidencialidad es un elemento importante y las partes valoran por encima de todo este aspecto, optando por un MASC privado y confidencial en lugar de acudir a los tribunales estatales.
- Cuando la diferencia de costes es relevante. Este punto, basado en criterios de eficiencia y sostenibilidad, es esencialmente importante en la industria del seguro. Los datos estadísticos avalan este criterio por encima del resto. Dando cuenta de ello, tras un análisis jurisprudencial realizado en 2013 en materia de seguros en España, el 70% de los asuntos con componente asegurador la cuantía reclamada era inferior a 6000 Euros. Concretamente, en lo que respecta a la cuantía, en el 50% de los procedimientos judiciales en los seguros se había reclamado una cuantía inferior a 1.644,50 Euros y en el 77% de los casos la cuantía era inferior a 5000 Euros. Estas cifras vienen a confirmar que, siguiendo criterios de eficiencia y sostenibilidad en el sistema judicial, es más adecuado recurrir a los MASC. Sobre todo, tras haber constatado como en la mayoría de las disputas la cuantía en juego es muy inferior al coste que supondría llevar a la vía judicial la resolución de conflictos de este tipo de controversias por la ineficiencia en cuanto a las cuantías y el gasto que representan.
- Cuando el elemento *tiempo* debe tenerse en cuenta: En los procesos judiciales, dependiendo del caso y del tipo de conflictos, el que menos dura en materia de seguros está en torno a un año. Ello sin contar los posibles recursos que se planteen que, en la mayoría de los casos, triplicarían esta cifra temporal. Del análisis realizado en España, en los casos en que las partes han llegado a un acuerdo, ya sea por vía transaccional, de negociación directa entre abogados, a través del servicio de reclamaciones o de la figura del defensor del asegurado y, en especial, de la mediación, ninguno ha superado los 180 días.

- En el supuesto de que la decisión final es aceptada por las partes, tal y como ocurre y a lo cual se comprometen las partes al recurrir a los MASC: *Es más vinculante un simple acuerdo entre las partes que el resultado de mil cortes de justicia*. Y, cómo no, también en la industria del seguro por todas las connotaciones de seguridad, garantía y confianza que este campo especial conlleva. Sería aquí más recomendable acudir a los MASC, destacando entre todos y, por encima de los demás, la mediación en materia de seguros (GONZÁLEZ ESPADAS, 2014).

3.2. *¿Cuándo no lo es?*

Del lado contrario, hay otra serie de supuestos en los que un ADR/MASC no sería la opción más recomendable en la industria del seguro. Sin ánimo de ser exhaustivos estos casos serían:

- Cuando la posición sobre el fondo de una de las partes es muy clara y, en consecuencia, la parte que no está afectada por la incertidumbre judicial del asunto las tiene todas consigo para ganar la causa en un juicio indudablemente le será más conveniente acudir a los tribunales en los que no tendrá que ceder posiciones en este sentido, sino simplemente esperar a que la ley, y en su caso los precedentes judiciales y jurisprudenciales sobre la materia que operan claramente a su favor se apliquen.
- Cuando el caso puede sentar un importante precedente legal, por lo que interesa publicidad.
- Cuando las partes prefieren no involucrarse en la disputa. No olvidemos que, excepto en el arbitraje, el resto de los ADRs/MASC exige participación de las partes directamente para gestionar el conflicto y llegar a un acuerdo. En especial, en la mediación, donde son las propias partes las que deben llegar al acuerdo. De ahí que si las partes no quieren involucrarse directamente en la disputa indudablemente el mejor camino es optar por la vía judicial.

- Cuando se prefiere publicidad del asunto. Aspecto íntimamente relacionado con la importancia de obtener publicidad, un precedente legal y desestimar completamente la confidencialidad.
- Cuando una de las partes tiene posición muy dominante sobre la otra entre otras cosas porque, si no hay igualdad entre las partes, el ADR estaría prohibido.
- Cuando, por la materia, se requiere una sentencia legal: Fraude, international nondisclosure, misrepresentation.

4. ANÁLISIS DE LA REALIDAD ASEGURADORA EN ESPAÑA: ¿ES LA MEDIACIÓN UNA HERRAMIENTA EFICAZ?

4.1. Análisis de la justicia en España en el ámbito asegurador.

4.1.1. Causas del análisis

Desde un punto de vista de la realidad práctica en la industria del seguro se imponía un análisis clarificador sobre la situación real de la justicia en este sector y el papel que en ella tienen los MASC. Así, surgió en España el estudio sobre el análisis de la justicia en el sector asegurador y la implicación de los ADRs en el mismo poniendo un acento particular en la mediación. Ello se imponía como necesario porque por parte tanto de la sociedad como de los juzgados había una cierta sensación de confusión y, a veces, de abuso en el sector asegurador, teniendo la impresión de que existía un exceso de litigiosidad en este sector económico. Ello provocado muchas veces por una discusión económica que no llegaba a 600 o 1000 Euros con lo que el coste para poner en marcha toda la maquinaria de la administración de justicia era desproporcionado e ineficiente, evidenciando la desproporción coste/efectividad del sistema judicial en el sector asegurador. Se urgía así como necesaria la exploración de otras vías alternativas de solución. Pero esto, ¿era una sensación o tenía un trasfondo real? Para ello fue necesaria la realización de este estudio.

En España existen ya ADRs, métodos alternativos a la vía judicial, que se vienen utilizando en el ámbito asegurador. De entre ellos, como se ha enunciado, destacan el servicio de atención al cliente de la propia entidad aseguradora, el defensor del asegurado, el servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, la negociación, los convenios sectoriales, los peritos independientes y el arbitraje. No obstante, la apuesta fundamental en los últimos años se inclina por la mediación. No sólo porque ésta ya ha sido dotada de una cobertura legal, a través de la Ley Orgánica de mediación 2012 y de su Real Decreto de aplicación en 2013, sino porque ofrece una serie de condiciones y ventajas que deberían ser valoradas positivamente por las entidades aseguradoras y que, además, darían una mayor confianza y seguridad a sus usuarios. Teniéndose en cuenta, además, su carácter voluntario y la posibilidad de poder abandonar el proceso en cualquier momento.

Además, el hecho de que las propias compañías aseguradoras desarrollen soluciones alternativas de solución de conflictos ya ha sido avalado por varios estudios realizados que es un factor valorado muy positivamente por los asegurados.

4.1.2. Resultados

Tras el análisis, que abarcó todo el 2013, los resultados fueron los siguientes: En España, un 13,2% de los asuntos ingresados en un Juzgado de Primera Instancia se deben a conflictos con componente asegurador, en los que una aseguradora es parte demandante o demandada. Casi la mitad de los casos analizados han sido iniciados por una aseguradora. De hecho, los principales resultados del estudio desvelaron que de los 207 casos analizados, casi el 50% han sido iniciados por una aseguradora, mientras que en un 47,83% han sido particulares o empresas los que han demandado judicialmente a las compañías aseguradoras.

El estudio también puso de manifiesto que las compañías aseguradoras son parte demandante y también parte demandada en el 25% de estos litigios. Este dato refleja que aquellas compañías aseguradoras que promuevan sistemas de resolución de conflictos ágiles y menos costosos

que la vía judicial verán reducidos de forma significativa sus costes y, de este modo, incidir positivamente en su competitividad.

Por ámbito de la demanda, se observó que más del 76% de los asuntos con componente aseguradora corresponden al área de responsabilidad civil, como tráfico, que concentra cerca del 40% de los casos, daños por agua (21,30%) o daños eléctricos (16,67%). En lo que respecta a la cuantía, en el 50% de los procedimientos judiciales se ha reclamado una cuantía igual o menor a 1.644,50 euros, y en el 77% de los casos la cantidad es igual o menor a 5.000 euros. Cifras que vinieron a confirmar que hay disputas en las que la cuantía en juego es muy inferior al coste que supone llevar a la vía judicial la resolución de este tipo de controversias por cuantías.

Así, las líneas generales básicas que se desprenden del análisis concretan lo siguiente:

- ¼ del Trabajo de los Juzgados civiles lo produce el sector asegurador.
- Estrictamente hablando se ha constatado que ya no hay conflictos sobre seguros. Hay conflictos sobre la cuantificación del daño (el 90% de los mismos)
- Son conflictos de escasa cuantía (Reclamaciones inferiores a 2000 euros) pero cuyo coste privado y público supera a lo reclamado.
- La mayoría de ellos son conflictos transigibles y el 70% de los mismos no acaba en sentencia judicial sino en el acuerdo transaccional.
- A ello se suma que las escasas sentencias resultantes, en todo caso, carecen de un componente jurídico.

De ahí que, tanto desde las aseguradoras como desde el de la justicia, observamos que teníamos un problema común. La justicia no daba la respuesta adecuada para los conflictos planteados en el sector asegurador y de ahí que fuera urgente y necesario buscar otras alternativas, ADR/MASC, en el ámbito asegurador y de entre ellos, destacaba la mediación.

4.2. ¿Por qué, de entre los ADRs, la mediación?

Muchos fueron los resultados obtenidos tras este estudio, de entre los cuales, la apuesta por la mediación planteaba el justificar por qué la mediación y no la negociación directa entre los abogados de las partes, método éste de entre los más utilizados en la práctica aseguradora tanto interna como internacional. La respuesta a este interrogante ya se ha ofrecido en el estudio previo de las ventajas en el sector asegurador, pero además, y referido concretamente a su comparación con la negociación, tenemos que subrayar que la mediación tiene un valor añadido:

- Interrumpe la prescripción de acciones. Hecho que no ocurre en la negociación directa.
- La mediación, a diferencia de la negociación directa, es un método que reequilibra las fuerzas y en el que se genera confianza.
- La mediación es confidencial. La negociación directa no.
- La mediación potencia el papel asesor y estratégico de los abogados y eleva el protagonismo de los propios interesados. Interesados que se sienten escuchados y partícipes en la solución de sus conflictos, cosa que no sucede ni en la negociación directa ni en el juicio.

Las ventajas que ofrece la mediación al sector asegurador son muchas. Confianza del asegurado, confidencialidad, economía (no sólo reduce costes por la intervención de un menor número de profesionales sino que además pueden repartirse los gastos entre las partes participantes), rapidez (muchas de las mediaciones se resuelven en un día y si se distribuyen en varias sesiones el número de las mismas rara vez supera a las seis sesiones y se resuelven en dos meses y medio como máximo. Si esto lo comparamos con un proceso judicial, que en ese tiempo ni siquiera habrán incoado el juicio, la ventaja de la rapidez es una de las más poderosas). En este sentido hay una apuesta por la mediación a través de medios electrónicos (ODR) que pretende ser una realidad en un futuro cercano.

De ahí que, para muchos de estos casos ofrecería mejor y más rápida y eficiente respuesta los ADR, en especial, la mediación. Y esta

apuesta por la mediación fue realizada por la mayoría de los ponentes e investigadores del referido estudio sobre Justicia y Seguros realizado en España.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Carecemos, hoy en día, de una verdadera cultura de ADR/MASC que provoca que estos todavía no hayan despegado en nuestro entorno en general ni sean conocidos por la sociedad, al menos en lo que respecta a la gestión de conflictos en el sector asegurador a través de los ADR/MASC, de entre los que destaca la mediación.

Su utilización, no obstante, sería muy recomendable en el ámbito de los seguros y reaseguros. Pero, sólo en los casos en los que sea la opción más ventajosa para las partes en conflicto y dichas ventajas lo hagan más aconsejable, teniendo siempre en cuenta que exista una igualdad de condiciones entre las partes y que éstas accedan libre, voluntariamente y sin coacciones a ello. Por muy manido que resulte, todavía hoy se ha de insistir en que los ADR no son la panacea para reducir la litigiosidad en todos los conflictos planteados ni en la industria de los seguros ni en el resto de los campos. En los seguros, sólo cuando éstos se acuerden voluntariamente por las partes y éstas estén en igualdad de condiciones, sirvan para bajar los costes, dar mejor servicio a los clientes y a las partes implicadas.

Ello implica una mayor difusión de los mismos y un mayor conocimiento de su empleo para todos los agentes de la industria del seguro y para la sociedad en general. Nos tenemos que alejar de los tópicos irreales de que las compañías prefieren litigios largos para no pagar porque no es así. Nos hemos de concienciar del alto coste personal y judicial al que suelen llevar los conflictos en el ámbito asegurador y su mejor resolución por vías alternativas en determinados casos. De ahí que sea fundamental la formación especializada en estos campos. En particular, en la mediación. Prestigiando la figura del mediador en el sector asegurador. Y, para ello, como veremos, necesitamos mediadores bien formados, y un mayor y mejor conocimiento de los MASC y la utilización de los mismos como ciudadanos. Todo ello se ha puesto de manifiesto, en España, tras el reciente estudio realizado en 2013 sobre

la aplicación de la mediación de conflictos en el sector asegurador, la conclusión general alcanzada es que la mediación una herramienta eficaz para la resolución de conflictos en el sector asegurador.

En este contexto es claro que en el sector seguros, si seguimos haciendo lo mismo obtendremos los mismos resultados y los resultados que tenemos hoy en día no satisfacen ni a los clientes, ni a las aseguradoras ni es eficiente para la justicia. ¿Qué hacemos? Es el momento de cambiar los enfoques. Es el momento de mejorar y, para ello, de todos los ADR, y por las características descritas, tenemos la mejor alternativa en la mediación. Démonos la oportunidad de mejorar, explorarla y cambiar. Y, para ello es fundamental, la formación de mediadores en materia de seguros. Hay que prestigiar la figura de la mediación a través de mediadores bien formados y ganar progresivamente la confianza de los ciudadanos.

Y para ello, de entre las propuestas destacan una mayor y mejor difusión para el conocimiento de los ADRs/MASC y, en especial de la mediación, en el sector asegurador. En especial, promoviendo el uso de incentivos para la utilización de la mediación en el sector asegurador. De entre los incentivos, encontramos ejemplos en los utilizados en el Reino Unido, donde existe la posibilidad de que el Juez condene en costas al litigante vencedor por no haber querido acudir éste a la mediación, como las últimas propuestas del Parlamento Europeo, tendentes a la obligatoriedad de la mediación, entendiéndose ésta como obligatoriedad de la sesión informativa de mediación dada por mediadores especializados y no por abogados, aplicándolas al sector asegurador; o las de la propia gratuidad para los clientes al acudir a la mediación (servicios de defensor del cliente y defensor del asegurado). Con todo ello se trata de difundir la mediación en el ámbito asegurador y de aumentar la credibilidad, confianza y credibilidad en los ADRs/MASC.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALASTRUEY, R., & AYUSO, M. (2012). *Tipologías de conflictos en el 'pamito' asegurador español: nuevos espacios para el desarrollo de la mediación al amparo del real decreto ley 5/2012 de 5 de marzo*. Madrid: Tiempo de mediación.

Métodos Alternos de Gestión de Conflictos en la Industria del Seguro

- CANTILLO, R. (2000). *Métodos alternativos de resolución de conflictos*. Madrid: CII.
- CANTILLO, R. (2014). *Mercado Asegurador*. Obtenido de <http://www.mercadoasegurador.com.ar>
- GONZÁLEZ ESPADAS, J. (2014). *Asociación Europea de Arbitraje*. Obtenido de <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/component/k2/item/483-javier-gonzález-espadas>
- Ley General para defensa de los Consumidores. (2014). Ley general para la defensa de los consumidores. Madrid, España.
- M., A. (2013). El coste de la resolución de conflictos relacionados con el seguro del automóvil por vía judicial. *Tiempo de mediación, liderazgo y acción para el cambio*, 119-122.
- ODR y Seguros. (s.f.). Obtenido de <http://www.finanzea.org/controversias-alternativa-a03323633.htm>
- ORTIZ, E. (10 de 02 de 2014). *milenio.com*. Obtenido de <http://www.impresso.milenio.com>

LA GLOBALIZACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SU IMPACTO EN LA CAPACIDAD DE RECAUDACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS

Dr. VICENTE TORRE DELGADILLO¹

Universidad Autónoma de San Luis Potosí

Resumen. Es indiscutible el cambio que se ha producido en la estructura de las transacciones comerciales como consecuencia del uso creciente de los medios de comunicación, y de manera especial por el advenimiento del comercio electrónico con fines mercantiles y financieros. Ante esta realidad se presenta la oportunidad de concretar operaciones comerciales por conducto de la Red, lo que conlleva una serie de ventajas extraordinarias para las empresas, ya que en el ciberespacio se puede negociar directamente con el consumidor final, lo que supone una reducción de costes y al mismo tiempo mejores condiciones de competencia para empresas de pequeño y mediano tamaño.

Palabras clave: Comercio electrónico, Globalización, Tributación internacional.

Key Words: *ecommerce, globalization, international taxation.*

Sumario: 1. Introducción; 2. Tipos de comercio electrónico; 2.1. De acuerdo a los canales de distribución; 2.2. De acuerdo a los sujetos involucrados; 3. Problemas derivados del comercio electrónico que influyen en el establecimiento del valor de mercado de los bienes que se transfieren; 3.1. Deslocalización de la actividad económica; 3.2. Desmaterialización de bienes y productos; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

1 Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Líder del CA 223 Reforma del Estado y Derechos Humanos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores desde 2009.

1. INTRODUCCIÓN

El comercio electrónico es considerado como aquella manifestación económica que principalmente tiene lugar a través del Internet —el cual es considerado como una gigantesca red mundial que conecta a innumerables pequeños grupos de ordenadores enlazados; descrito como una red de redes *telaraña*. Aun cuando no existe presencia física, la información que está disponible es enviada a través del ciberespacio, al cual los usuarios pueden acceder por medio de Internet a través de ordenadores personales, en su casa, trabajo, bibliotecas, cafés y muchos lugares más— u otras redes informáticas globales (intranets), y por medio de las cuales se producen operaciones de entrega de bienes o prestación de servicios entre oferentes y demandantes, mediante una contraprestación económica.

CALDERÓN MEDINA por su parte en su obra comercio electrónico propone la definición de comercio electrónico que utilizada por el comité consultivo de comercio electrónico de Canadá, el cual lo considera como la entrega de información, productos, servicios o pagos por teléfono, computadora u otros medios automatizados².

Otras acepciones que encontramos de comercio electrónico lo refieren como el uso de redes de cómputo para facilitar las operaciones involucradas en la producción, distribución, venta, financiamiento y entrega de bienes y servicios en el mundo³.

Es indiscutible el cambio que se ha producido en la estructura de las transacciones comerciales como consecuencia del uso creciente de los

- 2 CALDERON MEDINA, D., *Comercio electrónico*, Ed. IMCP, México. p.3 3.
- 3 ABRAMS, HOWARD E., "How electronic commerce works", *Tax Notes International*, Vol. 17, No.14, Ed. Tax Analyst, Arlington, Virginia, 1997. p. 1573; PEYTON ROBINSON, H., "The globally integrated Multinational, the Arm's Length standard, and the continuum price problem", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.9 No. 13, Ed. BNA, Washington DC., 2000. p. 14. Para un estudio más a fondo sobre las implicaciones jurídicas del Internet, consúltese la comunicación publicada en el No. 28 de los Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del Impuesto sobre Sociedades de Junio de 1998 del Profesor VILLAR PALASI, J.L., pp. 493-526; OSCAR DÍAZ, V., *El comercio electrónico y sus efectos en las relaciones tributarias internacionales*, Ed. Macchi, Bs.As., 2001, p. 41.

medios de comunicación, y de manera especial por el advenimiento del comercio electrónico con fines mercantiles y financieros⁴.

Ante esta realidad se presenta la oportunidad de concretar operaciones comerciales por conducto de la Red, lo que conlleva una serie de ventajas extraordinarias para las empresas, ya que en el ciberespacio se puede negociar directamente con el consumidor final, lo que supone una reducción de costes y al mismo tiempo mejores condiciones de competencia para empresas de pequeño y mediano tamaño⁵.

Por otro lado también debe de enfocarse el uso de las nuevas tecnologías –Internet– a facilitar el trabajo de las administraciones tributarias, facilitándole la obtención de información y haciendo más rápidos y seguras las acciones de asistencia al contribuyente.

Para que se pueda celebrar operaciones de comercio electrónico son necesarios los siguientes elementos:

1. La existencia de una página web;
2. El uso de servidores informáticos;
3. Una conexión a la red;
4. El trabajo de equipos enrutadores;
5. El trabajo de equipos de monitoreo de redes;
6. Los procesos adicionales aportados por otros dispositivos auxiliares para garantizar la protección y el desempeño adecuado y permanente de los equipos y el software.

4 Informe sobre el Impacto del comercio electrónico en la fiscalidad española», Ed. IEF, Ministerio de Hacienda, Secretaría de Estado de Hacienda, Madrid, 2000. p. 468.

5 GARCÍA NOVOA, C., "Consideraciones científicas sobre la tributación del comercio electrónico", Revista Quincena Fiscal, No. 15, Aranzadi, Madrid, 2001. pp. 9-10 y también LÓPEZ DÍAZ, A., "Fiscalidad del comercio electrónico: principios del derecho comunitario", Informática y Derecho Tributario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. p. 247. Véase ARRIETA MARTÍNEZ DE PINSÓN, J., *Derecho tributario e informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. pp. 15-16.

La Globalización del Comercio Electrónico

Particularidades del comercio electrónico en comparación con el comercio tradicional.

Comercio Electrónico	Comercio Tradicional
No presencia física. Imágenes, textos. Programas informáticos que trasladan al campo virtual a las oficinas o almacenes	Presencia Física: Tienda; Oficina; Almacén, Fábrica
Los pagos se realizan con dinero electrónico	Se utilizan todos los medios de pagos, pero de manera preponderante se realizan con dinero físico.
El elemento de personal no es tan necesario, puede incluso llegar a desaparecer, pues un programa puede realizar todo un proceso comercial.	Requiere de personas para atender a los clientes.
Alcance mundial y una presencia de negocios de 24 horas al día durante todo el año.	Limitaciones geográficas y horarios.

Cuadro elaboración propia.

Por lo tanto, encontramos que la Red propicia un comercio en el que no existe la necesidad de presencia física de las partes, lo cual permite relaciones económicas sin estructura comercial, y, también, sin presencia física de los bienes, lo que en sí mismo supone una revolución en lo que es el régimen tradicional de las operaciones comerciales⁶.

En síntesis, el comercio electrónico es una forma más de comercio que aprovecha las tecnologías automatizadas y posee sus propias particularidades.

2. TIPOS DE COMERCIO ELECTRÓNICO.

2.1. De acuerdo a los canales de distribución

Es de gran utilidad tener presente la existencia de dos formas bien diferenciadas el comercio electrónico, indirecto (*off line*) y directo (*on line*). El primero es utilizado para la negociación de bienes tangibles que se

6 GARCÍA NOVOA, *op. cit.* p. 12; OSCAR DÍAZ, *op. cit.* p. 41.

compran a través de la Red, pero que necesitan ser enviados físicamente utilizando canales tradicionales de distribución y, el segundo, es aquel donde el pedido, el pago y el envío de bienes intangibles y o servicios se producen a través de la red, como puede ser la venta de Software.

2.2. De acuerdo con lo sujetos involucrados

En esta clasificación de acuerdo con CALDERON MEDIANA, encontramos las siguientes operaciones: entre empresas a nivel interno –*intra business*–, entre empresas distintas –*Business to Business* o B2B–, empresas y consumidores –*Business to consumers* o B2C–.

Por mucho tiempo, el cuerpo existente de leyes impositivas tanto de carácter nacional como internacional se desarrolló a partir de la suposición de que el comercio consistiese en el envío físico de bienes tangibles o en el movimiento físico de personas para realizar servicios en diferentes lugares; sin embargo, nos damos cuenta de que el cambio instaurado por el desarrollo del comercio electrónico⁷. Es de gran utilidad tener presente la existencia de dos formas bien diferenciadas el comercio electrónico indirecto (*off line*) y el comercio electrónico directo (*on line*). El primero es utilizado para la negociación de bienes tangibles que necesitan ser enviados físicamente utilizando canales tradicionales de distribución y, el segundo, es aquel donde el pedido, el pago y el envío de bienes intangibles y o servicios se producen *on line*.

Otros medios de comunicación, han hecho que esto simplemente ya no suceda de esta forma, convirtiéndose en un hecho innegable que cada vez más los productos que la gente compra ya no tienen presencia física⁸, es decir, los sistemas tributarios modernos han tenido que establecer una distinción entre tres categorías básicas de ingresos: 1ª los derivados de la venta de propiedad personal, 2ª los derivados de la prestación de servicios y, 3ª los derivados del traspaso de bienes in-

7 Ejemplo: Software. Véase L. MEYER, *op. cit.* p. 1048, también véase AUSTRALIAN TAX OFFICE, *Tax and the internet: discussion report of the Australian Tax Office Electronic Commerce Project*, Agosto 1997, este reporte puede ser consultado en la Web: www.ato.gov.au/ecp. Página visitada el 24 de abril de 2005.

8 § 861(a) del *Internal Revenue Code* de los Estados Unidos, 1986, también Véase VOGEL, "On Double Taxation Conventions", *op. cit.* pp. 706-707.

tangibles, incluyendo los derechos de propiedad intelectual. Dada esta intangibilidad, muchas veces no resulta fácil para las administraciones tributarias advertir cuando se trata de una entrega de bienes o de una prestación de servicios y proceder a su adecuada imposición⁹.

La respuesta que a esta problemática se ha venido dando varía dependiendo del caso; por un lado, si la renta resultante es caracterizada como un ingreso derivado de la prestación de un servicio, no será gravable en la fuente –bajo el CMOCDE–, a menos que la prestación del servicio esté fiscalmente presente en el país de la fuente –mediante la existencia de un establecimiento permanente–. Por otro lado, si la renta se deriva de la distribución de información o de otros bienes intangibles, ésta se considera como un ingreso proveniente del pago de una licencia de propiedad intangible –*royalty* o canon–, y no de la prestación de servicios; en esta situación nos encontramos que estos ingresos todavía están sujetos a retención en la fuente en algunos países.

Además de la optimización de la gestión y de la reducción de los gastos, el comercio electrónico amplía los mercados, creando áreas de actividad totalmente orientadas hacia los productos intangibles, lo que se traduce tanto en una oportunidad inmejorable de crecimiento para las empresas, como una mayor dificultad para las administraciones tributarias de determinar su valor real de mercado, a efectos de lograr una efectiva imposición de los mismos¹⁰.

9 GLICKLINCH, GOLDBERG and LEVINE, *Internet Sales, Journal of Taxation*, Vol.84, Junio, Ed. Warren, Gorham & Lamont, NY, 1996. p. 325. Véase CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Fiscalidad de la transferencia de tecnología y jurisprudencia, Crónica Tributaria*, N° 98, Ed. IEF, Madrid, 2001. pp. 49-50. Esta situación se presenta dentro de la jurisprudencia española; muestra de ello lo son algunas sentencias de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 1995, 14 de marzo de 1995, 12 de diciembre de 1995, 7 de mayo de 1998, 23 de diciembre de 1996, y del Tribunal Supremo del 2 de octubre de 1999, 7 de abril del 2000 y 19,25 y 25 de febrero de 2000 en las que se aprecia esta confusión por parte de las Autoridades a la hora de caracterizar y calificar las rentas derivadas de operaciones que involucran bienes intangibles también RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La adaptación del ordenamiento español a las normas comunitarias acerca del gravamen indirecto del comercio electrónico*, RDFHP, Vol. LIII, No. 267, Madrid, 2003. p. 76.

10 Véase GARCÍA NOVOA, *op. cit.* pp. 10-13.

Todas estas circunstancias han presionado a las administraciones tributarias a modificar sus ordenamientos para hacer frente a la innecesaria presencia física en la dirección de un negocio; al incremento en la comercialización de bienes intangibles; contenidos digitales y servicios que puedan ser digitalizados; a la creciente ambigüedad en la residencia de una empresa y la gran movilidad de su capital¹¹.

3. PROBLEMAS DERIVADOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO QUE INFLUYEN EN EL ESTABLECIMIENTO DEL VALOR DE MERCADO DE LOS BIENES QUE SE TRANSFIEREN

De entrada puede establecerse que los problemas más importantes que se presentan con motivo de la aplicación del comercio electrónico son la deslocalización de la actividad económica y la desmaterialización de los bienes y productos —*venta de productos digitalizados y prestación de servicios*—¹².

3.1. DESLOCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

La ausencia de presencia material para operar determinado mercado, supone el no someterse a su regulación interna, tanto en el campo económico, como en el tributario. La consecuencia es que el ejercicio de la potestad tributaria atribuida al Estado es inoperativa respecto a un sector de la actividad económica, favoreciendo la deslocalización de actividades, especialmente en lo relativo a la prestación de servicios

11 Las Administraciones tributarias para poder gravar esta clase de operaciones han optado por plantear y desarrollar métodos administrativos de valoración, entre ellos los que mejores resultados han sido los Acuerdos Previos de Precios (*Advanced Pricing Agreements* —APA's—), de esta forma se ha encontrado un instrumento viable para alcanzar un consenso con los contribuyentes en la determinación de las rentas, pudiendo incluso llegar a emplear factores formularios para distribuir los ingresos entre los países en los cuales la actividad se efectúa. J. BRIAN, A. *Controlled foreign corporation rules, harmful tax competition, and international taxation, Report of the proceedings of the world tax conference: Taxes without borders*, Ed. Canadian Tax Foundation, Toronto, 2000, p. 17.1.

12 GARCÍA NOVOA, *op. cit.* pp. 10-13.

que no requieran presencia material del prestador. El resultado es que los operadores económicos abandonan sus emplazamientos habituales¹³.

Por ejemplo: un cliente que busca corregir las deficiencias de un software, el cual ha adquirido por conducto de una línea de asistencia directa llamando a un número telefónico local, el cliente es puesto inmediatamente en contacto con un especialista, que puede estar localizado en cualquier parte del mundo dependiendo de la experiencia técnica que se requiera. La situación se complica si el servicio que se solicita requiere de un continuo asesoramiento, algunos especialistas localizados en diferentes países pueden participar; cuando el problema se resuelve, la entrega del servicio se llevará a cabo por una simple descarga en el ordenador del cliente facilitando de esta forma la corrección del software. Aquí es donde surgen los problemas y preguntas que hay que resolver: Cómo puede un Estado en las ventas por Internet saber dónde están localizados los clientes o vendedores si éstos no tienen presencia física en el país, y por lo tanto recaudar y remitir los impuestos por uso y venta de bienes. En qué circunstancias puede un negocio electrónico (e-bussinnes) fuera de un Estado ser sujeto a su jurisdicción impositiva, simplemente porque ese negocio tiene relaciones con un residente en el Estado —una filial o un proveedor del servicio de Internet—.

En este mismo sentido VICENTE OSCAR DÍAZ expresa que tal realidad hace entrar en crisis la fijación precisa del lugar donde se ha realizado la transacción, que es la propia crisis del principio de jurisdicción fiscal competente.

3.2. DESMATERIALIZACIÓN DE BIENES Y PRODUCTOS

El comercio electrónico ha permitido un acceso masivo de consumidores a amplios mercados que abren formidables posibilidades respecto a la promoción o venta de determinados productos, y de forma especial,

13 ROSEN ARTHUR, R., *E_Commerce and State Taxation: what's all the fuss about*, *International Tax Planning E_Commerce*, Vol. 2 No. 10, Ed. BNA, Londres, 2000, p. 10. En este artículo se da una visión completa del tratamiento que se da a esta situación en la legislación de los Estados Unidos. También véase a GARCÍA NOVVOA, *op. cit.* p. 10. Véase OSCAR DÍAZ, *op. cit.* pp. 72-76.

como ya se señaló anteriormente, a bienes intangibles o en formato digital¹⁴.

Internet ha mostrado ser un instrumento adecuado para la transmisión de bienes, servicios, información, imágenes y textos, lo cual puede llevar a suponer no sólo una mayor competitividad con la consiguiente ventaja para el consumidor, sino también una gradual tendencia a desmaterializar bienes habitualmente ofertados en el mercado en forma convencional.

La inmaterialidad de las operaciones que tienen lugar a través de Internet diluye la dimensión territorial de los hechos imponibles a ellos vinculados —*obtención de renta, entregas de bienes, prestaciones de servicios*—; de ahí las dificultades de los modelos clásicos de imposición directa e indirecta para enfrentarse al comercio electrónico. Además, el uso de Internet destaca la dificultad de la sujeción a gravamen de las rentas obtenidas como consecuencia de las operaciones (*on line*), respecto de las cuales se desvanece la territorialidad en su acepción más elemental; la que entiende que el impuesto solamente se exige cuando hay una conexión del hecho imponible con el Estado que ha establecido tal impuesto¹⁵.

No solamente la novedad de comercializar con bienes inmateriales es lo que puede plantear un problema que es recurrente en el Derecho Tributario moderno, sino también la necesidad de adaptar hechos o situaciones novedosas a las categorías acuñadas en algunas normas tributarias, las cuales están pensadas para situaciones de hecho distintas.

14 Véase OECD, *Consumption Tax Aspects of Electronic Commerce*, Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa framework Conditions, OECD, Paris, 2001, p. 17. También Reports by the Consumption and Technology Tax Technical Advisory Group (TAG), December 2000. Disponibles en la página web: www.oecd.org/e_com/; página consultada el 14 de marzo de 2003. También se puede consultar Commission of the European Communities, proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending regulation (EEC) No.218/92 on administrative co-operation in the field of indirect taxation (VAT), COM (2000) 394 in fine.

15 AGULLÓ AGÜERO, A., *El marco internacional de la fiscalidad del comercio electrónico*, Actualidad Informática, No. 33, 1999, p. 3.

La desmaterialización de bienes plantea problemas respecto a la calificación de las operaciones de comercio *on line*, en especial en el IVA, acerca de si las mismas deben calificarse como entregas de bienes o prestaciones de servicios¹⁶.

Otro problema que se presenta en el ámbito del comercio electrónico es el de la doble imposición económica internacional, que se origina, cuando dos países tratan de someter a imposición a dos empresas (o personas) pertenecientes a un mismo grupo multinacional, por una misma transacción realizada a través de Internet en el mismo periodo impositivo, aplicando una normativa propia no armonizada con el resto de los países; éste quizás sea particularmente el caso que se presenta cuando los precios de transferencia se encuentran involucrados, puesto que éstos tendrán consecuencias para la recaudación de impuestos en las jurisdicciones tributarias de los países en donde se encuentren establecidas las empresas vinculadas que llevan a cabo una operación controlada.

Por consiguiente ambas jurisdicciones deben aceptar la utilización del mismo método de valoración para establecer el precio de transferencia, o muy probablemente el grupo multinacional se verá sujeto a una doble imposición económica. Sin embargo, también puede ocurrir lo contrario debido a la ausencia de normativa aplicable, dando lugar a técnicas de planificación fiscal internacional con resultados de nula tributación, lo que crea auténticos paraísos fiscales cibernéticos¹⁷.

4. CONCLUSIONES

Como resultado de lo anteriormente expuesto, conviene advertir que, las cuestiones referentes a la fiscalidad comercio electrónico difícilmente pueden afrontarse desde la perspectiva unilateral de cada Estado y más aun cuando se utilicen precios de transferencia artificiales, ya que Internet como fenómeno mundial, ha puesto de relieve las carencias de los

16 GARCÍA NOVOA, *op. cit.* p. 12, y también HORNER FRANCES, M., *Tax and the web: new technology, old problems*, Bulletin of International Bureau of Fiscal Documentation, Vol. 50 Nos. 11 y 12, 1996, p. 517.

17 Cfr. OCDE: *Discussion Draft, Part II*, OCDE, París, párrafo 124.

ordenamientos jurídicos nacionales para regular un comercio mundial que rebasa los estrechos márgenes de sus fronteras¹⁸.

En este campo JEFFREY OWENS, miembro del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, alecciona sobre el potencial del comercio electrónico y subraya que las autoridades deben prever que esta forma de comercio no socave la capacidad de las administraciones tributarias para recaudar ingresos públicos vía tributación, pero también sostiene que los principios de neutralidad, eficiencia, certeza, simplicidad,

- 18 GARCÍA NOVOA, *op. cit.* p. 14, y también HORNER FRANCES, *op. cit.* p. 517 y a MCLURE, *op. cit.* p. 335 y MCLURE JR. CHARLES E., *Implementing State corporate income taxes in the digital age*, *National Tax Journal*, Vol. 53, 2000, p. 1287. La Directiva 2002/38/CE contiene 3 grupos de normas; unas que se refieren a la calificación y consiguiente localización de estas operaciones, otras al tipo de gravamen que se les habrá de aplicar y el tercer grupo de normas hacen referencia a la regulación del régimen especial. Esta Directiva introduce una nueva regla de localización aplicable al comercio electrónico, que deja clara la voluntad del legislador comunitario de que todos los suministros realizados por vía electrónica constituyan una prestación de servicios —Esta propuesta define a estos servicios como la transmisión enviada inicialmente y recibida en destino por medio de equipos de procesamiento y almacenamiento de datos, y enteramente transmitida, transportada y recibida por cable, radio, sistema óptico u otros medios electrónicos, incluida la difusión de televisión en el sentido de la Directiva 89/522/CEE y la radiodifusión.—. Además, también podemos apreciar como esta norma final ha renunciado a desarrollar un concepto de lo que debe entenderse por servicios prestados por vía electrónica, pero a la vez incorpora en un nuevo anexo (L) una lista (abierta) de los servicios realizados a través del comercio electrónico, debiéndose esto último como lo apuntan LÓPEZ MARTÍNEZ J. y MARTOS J.J., a una intención de no limitar el alcance de la reforma ya que aún pueden desarrollarse nuevos servicios electrónicos que quedarían fuera de la lista inicial. En la normativa española el Art. 70.Uno.4.B de la Ley del Impuesto al Valor Agregado (LIVA) ha tratado de ser más preciso al respecto, y para ello incorpora el concepto de servicios prestados por vía electrónica formulado en su día por su antecedente, acompañado del anexo (L) de la nueva normativa comunitaria. Por otra parte, la ley española al igual que la Directiva, considera que el suministro por vía electrónica constituye siempre una prestación de servicios. En este punto es importante resaltar que el anexo de la Directiva incorporado al Art. 70.Uno.4.B precisa que no existe un servicio electrónico, a efectos del impuesto, por el sólo hecho de que el suministrador del mismo y su cliente se comuniquen a través del correo electrónico. Respecto al problema de localización de las operaciones del comercio electrónico la normativa comunitaria, al igual que en la mayoría de los Estados que componen la Unión Americana se ha adoptado el principio del destino (*destination principle*) para asegurar extender en lo posible la meta impositiva al consumo. Consecuentemente la venta de bienes tangibles es gravada usualmente en el lugar donde el cliente toma posesión, en tanto que, en la prestación de servicios estos son gravados donde los mismos se prestan. Véase RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *op. cit.* p. 78.

efectividad, imparcialidad y flexibilidad, que rigen las actuaciones de las Administraciones en relación con el comercio tradicional deberán aplicarse al cibercomercio.

Por último cabe señalar que en el comercio electrónico no sólo se suscitan problemas relacionados con la localización de las operaciones, sino que también existe el riesgo de que esta clase de intercambios sea objeto de discriminación fiscal.

En este punto la cuestión relevante reside en que, si no se asegura que los impuestos que se aplican cuando se utiliza el Internet se lleva a cabo de la misma forma que en los demás casos, se generará una competencia fiscal desleal hacia otras formas de comercio y de prestación de servicios. Es decir, no se trata de mantener la recaudación a toda costa, sino que las rentas que se derivan de este tipo de operaciones puedan gravarse de acuerdo con los principios tributarios tradicionales comunes a todos los Estados.¹⁹

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMS, HOWARD E., "How electronic commerce works", *Tax Notes International*, Vol. 17, No. 14, Ed. Tax Analyst, Arlington, Virginia, 1997.
- AGULLÓ AGÜERO, A.: «El marco internacional de la fiscalidad del comercio electrónico», en *Actualidad Informática*, No. 33, 1999.
- AUSTRALIAN TAX OFFICE, *Tax and the Internet: Discussion Report of the Australian Tax Office Electronic Commerce Project*, Agosto 1997.
- BOLAÑOS LINARES, R., Contratación Internacional, Porrúa, México, 2004.
- CALDERÓN MEDINA, D., Comercio Electrónico, Ed. IMCP, México, 2012.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Fiscalidad de la transferencia de tecnología y jurisprudencia*", *Crónica Tributaria*, N° 98, Ed. IEF, Madrid, 2001.

¹⁹ Véase FALCÓN y TELLÁ, R., op. cit. p. 6.

- HORNER FRANCES, M., *Tax and the web: new technology, old problems*, Bulletin of International Bureau of Fiscal Documentation, Vol. 50 Nos. 11 y 12, 1996.
- Instituto de Estudios Fiscales de Madrid, Informe sobre el Impacto del comercio electrónico en la fiscalidad española», Ed. IEF, Ministerio de Hacienda, Secretaría de Estado de Hacienda, Madrid, 2000.
- FALCÓN y TELLA, R., *Tributación e Internet: aplicación de las reglas generales, con adaptaciones en su caso como alternativa al bit tax*, Quincena Fiscal, No.10, Aranzadi, Madrid, 1998.
- GARCÍA NOVOA, C., *Consideraciones científicas sobre la tributación del comercio electrónico*, Revista Quincena Fiscal, No. 15, Aranzadi, Madrid, 2001.
- GLICKLINCH, GOLDBERG and LEVINE, *Internet Sales*, Journal of Taxation, Vol. 84, Junio, Ed. WARREN, GORHAM & LAMONT, NY, 1996.
- J. BRIAN, A., *Controlled foreign corporation rules, harmful tax competition, and international taxation*, Report of the proceedings of the world tax conference: Taxes without borders, Ed. Canadian Tax Foundation, Toronto, 2000.
- LÓPEZ DÍAZ, A., *Fiscalidad del comercio electrónico: principios del derecho comunitario*, Informática y Derecho Tributario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MACÍAS VALADEZ TREVIÑO, F., *Medios electrónicos en materia fiscal*, Ed. IMCP, México, 2010.
- McLURE JR. CHARLES E., *Implementing State corporate income taxes in the digital age*, National Tax Journal, Vol.53. 2000.
- OECD: *Consumption Tax Aspects of Electronic Commerce*, Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa framework Conditions, OECD, Paris, 2001.
- OSCAR DÍAZ, V., *El comercio electrónico y sus efectos en las relaciones tributarias internacionales*, Ed. Macchi, Bs.As., 2001.

- PEYTON ROBINSON, H., *The globally integrated Multinational, the Arm's Length standard, and the continuum price problem*, Tax Management Transfer Pricing Report, Vol.9 No. 13, Ed. BNA, WASHINGTON DC., 2000.
- PORRAS FLORES, J. E., *Código de comercio comentado y concordado, fase procesal y juicio oral mercantil*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2012.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La adaptación del ordenamiento español a las normas comunitarias acerca del gravamen indirecto del comercio electrónico*, RDFHP, Vol. LIII, No. 267, Madrid, 2003.
- ROSEN ARTHUR, R., *E_Commerce and State Taxation: what's all the fuss about*, International Tax Planning E_Commerce, Vol.2, No. 10, Ed. BNA, Londres, 2000.

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO MÉXICO-UNIÓN EUROPEA

ALMA ROCÍO VALDÉS MIRAMONTES¹
Universidad Complutense de Madrid

Resumen. El objetivo del presente capítulo es examinar, en primer término, los distintos medios alternativos de solución de controversias que ofrece el Derecho Internacional, para luego repasar brevemente la historia de las relaciones entre México y la Unión Europea y abordar, enseguida, el vigente Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación, con un enfoque especial en los mecanismos que para la solución de controversias han acordado las partes.

Palabras clave. Derecho Internacional, México, Unión Europea, Acuerdo de Asociación, Solución de controversias, Arbitraje.

Keywords. International Law, México, European Union, Partnership Agreement, Dispute Settlement, Arbitration.

Sumario: 1. Introducción; 2. Los medios alternativos de solución de controversias en el Derecho Internacional; 3. Antecedentes de las relaciones entre México y la Unión Europea; 4. El Acuerdo México-Unión Europea; 5. Solución de controversias en el Acuerdo México-Unión Europea; 5.1. El mecanismo diplomático-político; 5.2. El mecanismo comercial; 5.2.1. Primera etapa: consultas; 5.2.2. Segunda etapa: la fase arbitral; 5.2.2.1. Elección de foro; 5.2.2.2. Establecimiento e integración del panel arbitral; 5.2.2.3. Cumplimiento del informe del panel; 5.2.2.4. Suspensión de beneficios; 5.3. Solución de controversias entre particulares; 6. Conclusiones; 7. Bibliografía.

1 Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional por la Universidad Complutense de Madrid, Máster en Derecho de los Negocios y Litigación Internacional por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Maestría en Derecho Internacional. Candidata a Doctora por la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y por la Universidad San Pablo CEU (España) (a_valdes_m@yahoo.com.mx).

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo y evolución que en las últimas décadas han experimentado los MASC (Medios Alternativos de Solución de Controversias) en los más diversos ámbitos del orden jurídico resulta, cuando menos, sorprendente. En efecto, y como apuntan GORJÓN y BADIL (2008), se ha pasado de discutir su existencia y validez a utilizarse como una herramienta real, multidisciplinaria y como factor de modernización y de internacionalización del sistema jurídico.

Aun cuando las cortes judiciales son el foro común para dirimir controversias jurídicas, en muchas ocasiones las partes en conflicto prefieren que aquéllas se arreglen fuera de los recintos jurisdiccionales.

Entre los motivos que fundamentan esta tendencia, GORJÓN y STEELE (2008) mencionan, entre otros, los siguientes:

- a) Decadente impartición de la justicia estatal
- b) Sistema de legislación fuera de época
- c) Imposibilidad del Estado para resolver litigios *interpartes* específicos
- d) Deseo de mejor armonía entre las partes (SILVA, 2001).

Ante este escenario, en múltiples ocasiones las partes adoptan la decisión de acudir a los MASC, tanto en el ámbito de derecho interno como en el internacional. Las razones que sustentan esta preferencia son múltiples y variadas, entre ellas: la flexibilidad, la confiabilidad y la rapidez del procedimiento, así como también la neutralidad y experiencia de un tercero. Así, el gran mérito de los medios alternativos es el de poseer mecanismos que buscan evitar los efectos de ruptura que los procedimientos judiciales suelen acarrear.

2. LOS MASC EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La solución de controversias en el ámbito internacional es de gran importancia, debido a las graves consecuencias que podrían producirse, ya que se encuentran envueltos sujetos de derecho internacional que,

en muchas ocasiones, presentan una enorme disparidad de regulaciones e intereses² (HABERMAS, 2003). Ya en 1924 la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció en el asunto *Concesiones Mavrommatis en Palestina* lo que debía entenderse por *controversia internacional: un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas*³. No basta que una de las partes en un asunto contencioso afirme la existencia de un diferendo, o que se demuestre que los intereses de las dos partes están en conflicto, debe además demostrarse que a la reclamación de una de las partes se opone manifiestamente la otra (REMIRO, 2007).

Ahora bien, una vez que la controversia se ha producido, las partes involucradas pueden libremente elegir vías de solución, ya sean de carácter político o jurídico, excluyendo siempre (como acontecía en el derecho internacional clásico) el recurso al *ius ad bellum*, el derecho a la guerra. En efecto, la prohibición del uso o amenaza de la fuerza se encuentra explícitamente recogida en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas⁴, que, además, dispone en el párrafo tercero que: *Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia*.

Así, de conformidad con el párrafo primero del artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas:

Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacio-

- 2 Estos actores son tan independientes que tienen la capacidad de tomar decisiones autónomas y actuar en consecuencia, y se conciben como participantes en un juego estratégico, en el que persiguen únicamente sus intereses nacionales y en el que incluso compiten entre ellos para incrementar su poder político mediante la amenaza del poder militar.
- 3 *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, C.P.J.I., Serie A, n. 2, p. 11 del 30/08/1924: *a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties*.
- 4 "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas"

nales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

Luego de tal enunciación, huelga decir que la nota fundamental de los vigentes mecanismos políticos o jurídicos de arreglo de controversias reside en su voluntariedad, ya que si la sociedad internacional se estructurase sobre una jurisdicción internacional que poseyera una verdadera competencia *obligatoria* para conocer y juzgar las controversias entre los Estados de manera definitiva, con toda evidencia esto implicaría una modificación radical en la naturaleza de las relaciones internacionales, limitando sensiblemente el ámbito de poder discrecional de los Estados (GÓMEZ-ROBLEDO, 2008)

Este poder discrecional se manifiesta, si bien con algún matiz, en la inserción en el orden globalizado en que la sociedad internacional se encuentra inmersa: cada vez más a menudo los Estados ceden parte de su soberanía mediante procesos de integración a través de tratados bilaterales o multilaterales o con la aceptación de las recomendaciones de organismos multilaterales. El grado de compromiso que las partes estén dispuestas a asumir depende de su nivel de interdependencia económica, de su afinidad en materia de gestión macroeconómica y política, del grado de complementariedad entre sus estructuras económicas, etc., pues nadie puede ya dudar que vivimos en un mundo en el que las relaciones políticas y económicas interestatales son de vital importancia y constituyen un punto clave de en la agenda internacional. La historia económica y política mundial se ha caracterizado en los últimos años por la creciente proliferación de los lazos comerciales⁵ (BLANCO, 1994), traducidos en muchas ocasiones en acuerdos de índole económica.

Si bien el acuerdo entre México y la Unión Europea rebasa con mucho el mero ámbito comercial y económico, no puede ser ajeno al mutuo

5 Esto, debido en gran medida a que el cambio tecnológico y la reducción en los costos en los sistemas de informática, telecomunicaciones y transporte de mercancías han derribado las barreras naturales para el comercio internacional de bienes y servicios, propiciando a su vez la integración de amplios mercados a nivel mundial.

interés de las partes el establecer mecanismos que les permitan resolver de forma clara, justa y satisfactoria las controversias que necesariamente se presentan en este tráfico jurídico internacional.

3. ANTECEDENTES DE LAS RELACIONES ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA

En este escenario global que hemos bosquejado es importante destacar tanto la posición internacional como los motivos que llevaron a México y a la Unión Europea a signar el acuerdo que ahora se trata.

En este sentido, México es una de las economías más fuertes de América Latina, cuenta en su haber con una red de tratados de libre comercio que cubre la mayor parte del mundo y entre sus socios comerciales se encuentran potencias como Estados Unidos, Canadá, Japón, los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, etc.; es miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) y fue miembro fundador de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Es también uno de los mayores productores de petróleo de Latinoamérica y el quinto a nivel internacional. Su posición geográfica, que lo sitúa al mismo tiempo como nación latinoamericana y norteamericana lo convierte también en puente natural entre las principales áreas culturales y económicas del hemisferio occidental.

La Unión Europea, por su parte, concentra en sus Estados miembros a algunos de los países más desarrollados del mundo. Es un mercado único y el modelo de integración más avanzado del planeta, donde pueden circular libremente personas, bienes, servicios y capitales y que concentra alrededor de una quinta parte del comercio mundial.

El inicio de relaciones entre ambas partes se remonta a 1960, con la apertura de la Misión de México ante la apenas formada Comunidad Económica Europea (CEE). Esta relación desembocó en la firma, en 1975, del primer Acuerdo entre aquélla y México. Dicho instrumento, uno de los primeros que la CEE firmaba con un país no perteneciente a los Estados ACP (África, Caribe y del Pacífico), contaba con trece artículos y entró en vigor el 1º de noviembre de 1975.

Pese al optimismo generado, el impacto real de este Acuerdo Marco fue escaso: por un lado, México no obtuvo un mayor acceso al mercado europeo y sus exportaciones siguieron condicionadas por el Sistema de Preferencias Generalizado, aplicado unilateralmente por la CEE. Por otra parte, Europa no pudo establecer un régimen más favorable para comprar petróleo mexicano ni negociar un acuerdo de protección de inversiones para resguardar a los inversionistas europeos en México.

A raíz de la severa crisis de los años ochenta, México, como otras naciones latinoamericanas, buscó la solución en una política de apertura al exterior. Se firman así en los primeros años de la década de los noventa los acuerdos que dieron origen a la Organización Mundial del Comercio, así como uno de los instrumentos de carácter internacional más importantes para la economía mexicana: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), con Canadá y los Estados Unidos como socios (WITKER y HERNÁNDEZ, 2008).

Paralelamente, en el ámbito internacional, hacia finales de los años ochenta y principios de los noventa, comenzaron a evidenciarse cambios profundos en el orden mundial, que hicieron necesario un ajuste de las relaciones entre México y Europa: el ingreso de España y Portugal a la Comunidad Europea en enero de 1987 (hecho que aumentó el interés europeo por América Latina en un contexto favorable a los países latinoamericanos, dada la relación privilegiada existente entre estas regiones), el establecimiento del Mercado Único Europeo, la caída del Muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989, la reunificación alemana en octubre de 1990, el desmoronamiento del régimen soviético y el fin de la guerra fría, y sobre todo, el proceso de globalización económica, que generó un clima nuevo en el que eran necesarias nuevas formas de cooperación entre los Estados, a través de la integración económica (CASTAÑEDA, F. et al, 2010).

Con el avenimiento de estas nuevas circunstancias es que se suscribe en 1991, el Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Económica Europea. Este pacto, al igual que el anterior, contemplaba aspectos no sólo económicos y comerciales, sino también de una limitada cooperación entre las partes (OOSTERHOFF, 2009).

4. EL ACUERDO MÉXICO-UNIÓN EUROPEA

Una nueva crisis económica durante la segunda mitad de la década de los noventa del siglo pasado fue la causa de que el Gobierno mexicano viera la necesidad de buscar la diversificación en sus relaciones económicas, políticas y comerciales con el resto del mundo, dados los posibles riesgos —económicos y políticos— de la concentración de su comercio exterior con los Estados Unidos, situación potencializada con la entrada en vigor del TLCAN. Así, tras la crisis de 1994, México necesitaba recobrar la imagen de independencia, apoyándose en el protagonismo externo, y para ello, un acuerdo más avanzado con la Unión Europea era sumamente atractivo, pues además de las ventajas económicas, era también una cuestión de *visibilidad internacional* que presentaría a México como un país moderno, comprometido con los valores democráticos y de respeto a los derechos humanos.

La Unión Europea, por su parte, buscaba recuperar el mercado que se desplazó desde la entrada en vigor del TLCAN, además de que las inversiones europeas en México tendrían acceso a los mercados de los Estados Unidos, Canadá y todos los demás países con quienes México sostiene relaciones comerciales. México se constituye, por decirlo así, en la puerta de entrada al Continente Americano (THORPE, 2003).

Este deseo de un intercambio y cooperación más profunda se manifiesta con la firma, en mayo de 1995, de la Declaración Conjunta Solemne. A partir de ese momento, comienza la negociación del acuerdo más ambicioso que México ha firmado con cualquier país, región u organización internacional hasta la fecha, y uno de los más amplios en ámbitos de cooperación que la Europa comunitaria haya signado (FRANCO, 2010).

Esta voluntad de las partes se traduce en el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos por otra⁶, un acuerdo marco desarrollado por las Decisiones

6 En un principio, y debido a la división de competencias que existe entre la Unión Europea y los Estados que la componen, se negoció y firmó un Acuerdo Interino (que contenía únicamente las materias de competencia estrictamente comunitaria),

2/2000 y 2/2001 del Consejo Conjunto en el aspecto económico, y cuya índole pertenece a una mezcla *sui generis* de acuerdos comunitarios tanto de asociación en su vertiente más desarrollada como de pacto comercial.

Por lo que ve a su alcance y contenido, hay que decir que es uno de los acuerdos denominados de *cuarta generación*, es decir, aquellos que contemplan no sólo cuestiones comerciales, sino también diálogo político, cooperación en un gran abanico de materias (industria, inversiones, servicios financieros, energía, transportes, turismo, en materia científica y tecnológica, de formación y educación, cultural, en asuntos sociales y para la superación de la pobreza, salud, etc.), respeto a los derechos humanos, así como una denominada *cláusula democrática* y una *cláusula evolutiva*, entre otras cuestiones. En cuanto al marco institucional creado por el Acuerdo, es de mencionar que el Consejo Conjunto constituye la máxima instancia de supervisión y tiene como función examinar todas las cuestiones que surjan dentro de éste, así como cualquier otra cuestión bilateral o internacional de interés mutuo. El Consejo se reúne a nivel ministerial, a intervalos regulares y cada vez que lo exijan las circunstancias y estará auxiliado por un Comité Conjunto.

El Acuerdo Global consta de un preámbulo y 60 artículos distribuidos en ocho títulos: I. Naturaleza y ámbito de aplicación; II. Diálogo Político; III. Comercio; IV. Movimientos de capital y pagos; V. Contratación pública, propiedad intelectual y demás disposiciones relacionadas con el comercio; VI. Cooperación; VII. Marco institucional y VIII. Disposiciones finales. Tiene, además, una Acta Final, en donde se pueden localizar ocho Declaraciones, ya sean comunes o unilaterales.

Este Acuerdo perfila nuevos y amplios horizontes para el futuro de las relaciones entre México y la Unión Europea y, sin duda, es un im-

un Acuerdo Global (que contenía las competencias de carácter mixto, y que tendría que ratificarse, por lo que a las competencias estatales se refería, como las relativas al comercio de servicios, inversión o propiedad intelectual, en cada uno de los parlamentos nacionales de los Estados Miembros antes de entrar en vigor) y una Declaración Conjunta. Sin embargo, una vez que el proceso de aprobación legislativa del Acuerdo Global concluyó en los parlamentos nacionales de los Estados Miembros de la Unión, terminó también la vigencia del Acuerdo Interino y subsiste un solo acuerdo integral: el Acuerdo Global.

portante bastión en el fortalecimiento de las relaciones entre América Latina y el Caribe y la Unión Europea.

5. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO MÉXICO-UNIÓN EUROPEA

En materia de solución de controversias encontramos dos mecanismos. Uno, diplomático-político, que es aplicable al conjunto del Acuerdo, en particular a sus aspectos políticos y de cooperación, y otro, orientado por reglas, aplicable sólo a la materia comercial. Ésta fue una solución concreta al problema de la amplia cobertura del Acuerdo y de la diferencia del tipo de controversias que pudieran generarse.

5.1. EL MECANISMO DIPLOMÁTICO-POLÍTICO

Este tipo de mecanismo privilegia la flexibilidad que otorga la negociación directa, carece de procedimientos o plazos detallados y las soluciones se basan en la posibilidad de lograr un acuerdo admisible para las partes.

Las diferencias que puedan suscitarse en materia política o de cooperación en el marco del Acuerdo, serán resueltas en el seno del Consejo Conjunto, el cual cuenta entre sus atribuciones el examinar todas las cuestiones que surjan del mismo. De este modo, y congruentemente con la práctica europea, se adoptó un mecanismo diplomático-político flexible para solucionar las posibles diferencias en cuestiones políticamente sensibles, como por ejemplo la Cláusula Democrática, la aplicación de la Cláusula de Seguridad Nacional o las cuestiones derivadas de la cooperación.

Ahora bien, el artículo 58 del Acuerdo permite que, en el caso de que una de las partes considere que la otra ha incumplido con alguna o algunas de las obligaciones establecidas, podrán adoptar las *medidas apropiadas*, entendiéndose por ellas *medidas adoptadas de conformidad con el Derecho Internacional*. Estas medidas, adoptadas unilateralmente, deberán ser notificadas al Consejo Conjunto para que, salvo en casos

de urgencia especial⁷, se pueda encontrar una solución en un plazo no mayor de tres días. Como puede observarse, estos artículos podrían abrir la puerta al uso unilateral de medidas de represalia en el marco del Derecho Internacional (LÓPEZ-AYLLÓN, 2003). Esta situación contrasta con la especificidad y las disciplinas contenidas en el mecanismo comercial, analizado a continuación.

5.2. EL MECANISMO COMERCIAL

En lo que ve a las controversias que se deriven de cuestiones comerciales, el enfoque ha sido más bien el de un mecanismo orientado por reglas. Este modelo se inspira fundamentalmente en los mecanismos que suponen la intervención de un tercero imparcial, cuya decisión está orientada por reglas en el curso de un procedimiento previamente establecido. En su versión más extrema, la decisión del tercero no requiere del acuerdo de las partes y las vincula de manera obligatoria. Resta el problema, común al derecho internacional, relativo a la ejecución de las decisiones de estos mecanismos⁸.

A este respecto, el artículo 50 del Acuerdo establece que el Consejo Conjunto decidirá el establecimiento de un procedimiento específico para la solución de las controversias relacionadas con el comercio, com-

- 7 Se entiende por casos de urgencia especial la denuncia del Acuerdo no sancionada por normas generales de derecho internacional o el incumplimiento de los elementos esenciales del Acuerdo, como pueden ser el respeto a los principios democráticos y los derechos humanos fundamentales.
- 8 Se plantean argumentos que consideran tanto las ventajas como las desventajas de uno y otro modelo en el ámbito internacional, específicamente en el contexto de las relaciones comerciales entre los Estados y de las asimetrías que existen entre ellos. En la realidad, como explica López Ayllón, la mayoría de los mecanismos de solución de controversias comerciales comparten características de ambos modelos, con acentos que permiten ubicados en uno u otro lado del espectro, dependiendo de los factores reales de poder que intervienen en su diseño y operación. De hecho, la evolución del sistema de solución de controversias en el seno del GATT, muestra el desarrollo gradual de un modelo "diplomático-político" a uno "orientado por reglas", cuya versión más refinada se alcanzó con el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, en el cual se acordó un mecanismo a medio camino entre un sistema arbitral y uno propiamente judicial. Este modelo, que comparten todos los miembros de esta organización, sirve de punto de referencia para evaluar los mecanismos negociados en el contexto de acuerdos regionales de libre comercio.

patible con las disposiciones aplicables de la Organización Mundial del Comercio. Este procedimiento fue establecido en los artículos 41 a 47 de la Decisión del Acuerdo Interino y 37 a 43 de la Decisión del Acuerdo Global, complementados ambos por las Reglas Modelo de Procedimiento, un Código de Conducta y una Declaración Conjunta referente a medios alternativos para la solución de controversias.

Dado que sólo subsiste el mecanismo del Acuerdo Global, será éste el que se comente. El mecanismo para solucionar las controversias comerciales entre las partes derivadas⁹ de las decisiones tiene dos etapas: una primera (de cobertura amplia), de consultas y otra posterior (de cobertura limitada), de arbitraje.

5.2.1. PRIMERA ETAPA: CONSULTAS

Mediante este procedimiento, por lo demás muy usual en el campo del Derecho Internacional Público, las partes intercambian opiniones entre sí ante un amago de conflicto o bien al surgir cualquier evento o circunstancia urgente o relevante que pueda afectar las relaciones entre ellas, para la adopción de las medidas pertinentes.

La etapa consultiva, previa a la contenciosa, tiene por objeto resolver las controversias mediante la negociación y la cooperación. Puede ser objeto de consultas cualquier asunto¹⁰ derivado de las Decisiones, así como aquellos comprendidos en materia de objetivos, comercio de bienes, comercio de servicios, movimientos de capital y pagos, contratación pública y competencia de los *instrumentos jurídicos abarcados*. Puede solicitarse la apertura de consultas cuando sobrevengan desacuerdos sobre la interpretación o aplicación del Acuerdo o sobre cualquier otra cuestión que pudiera afectar su funcionamiento.

9 El concepto de "parte" en el Acuerdo es complejo. En materias de competencia exclusivas de la Unión, las partes son ésta y México. En materias de competencia mixta las partes pueden ser la Unión y México o cualquiera de los Estados miembros y México.

10 La interpretación sistemática de la palabra "asunto" parece indicar que pueden ser objeto de consultas tanto medidas como proyectos de medidas que una parte considere pueden ser violatorias de las Decisiones. En cambio, en el caso del mecanismo arbitral, los proyectos de medidas están claramente excluidos.

Cualquiera de las partes puede solicitar la realización de consultas, y el Consejo Conjunto deberá reunirse dentro de los treinta días siguientes a la entrega de dicha solicitud. La solución que se acuerde deberá adoptar la forma de una Decisión, las cuales tienen carácter obligatorio, conforme a los artículos 47 y 48.2 del Acuerdo. Dicha Decisión deberá especificar las medidas que se deberán adoptar, así como el plazo para hacerlo.

No existen plazos rígidos para la duración de las consultas y las partes pueden acordarlos libremente, pero si quince días después de la reunión para consultas o, en el caso de que ésta no se haya realizado, cuarenta y cinco días después de la entrega de la solicitud de consultas, si la parte que ha iniciado el procedimiento considera que no existe la posibilidad de llegar a una solución negociada viable, puede iniciar la fase arbitral (LEBRIJA y SBERRO, 2002).

5.2.2. SEGUNDA ETAPA: LA FASE ARBITRAL

El procedimiento arbitral tiene una cobertura más limitada que las consultas, ya que sólo puede iniciarse con respecto a la aplicación de una medida que se considere violatoria de los acuerdos jurídicos abarcados y que no se hubiere resuelto en la fase de consultas¹¹.

En cuanto a las materias que pueden ser objeto del procedimiento arbitral, éstas se limitan a aquellas cubiertas específicamente en materia de comercio de bienes, servicios y compras gubernamentales. Están expresamente excluidas las cuestiones relacionadas con medidas *antidumping* y compensatorias, obstáculos técnicos al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, balanza de pagos, uniones aduaneras y zonas de libre comercio, propiedad intelectual, reconocimiento mutuo de licencias así como los compromisos internacionales sobre inversión derivados de los instrumentos de la OCDE¹².

11 A diferencia del TLCAN, el procedimiento arbitral no podrá utilizarse para cuestiones relacionadas con proyectos de medidas, la interpretación del tratado o contra medidas no violatorias que causen anulación o menoscabo.

12 La razón de la exclusión se debe, muy probablemente, a que estas cuestiones están reguladas en sustancia en los acuerdos de la OMC. En tanto las decisiones sólo

5.2.2.1. ELECCIÓN DE FORO

Todo mecanismo de solución de controversias de un acuerdo de integración celebrado conforme a los acuerdos de la OMC debe resolver la cuestión que se presenta con la posibilidad de que una medida pueda ser considerada violatoria tanto de la regulación de la OMC como del propio acuerdo de integración, pues esto permitiría a la parte reclamante iniciar simultáneamente dos procedimientos en foros diferentes respecto de los mismos hechos.

Para evitar esta situación, el mecanismo de solución de controversias contiene dos disposiciones. En primer lugar, se establece que los procedimientos arbitrales establecidos conforme a las decisiones no podrán considerar asuntos relacionados con los derechos y obligaciones de México y la Unión Europea adquiridos en el marco de la OMC. Esta disposición *aísla* jurídicamente un conflicto derivado de las Decisiones e impide que los paneles arbitrales utilicen como derecho aplicable los acuerdos de la OMC.

La segunda regla dispone que los procedimientos que se inicien conforme a las Decisiones no interferirán con las acciones que pudieren iniciar las partes ante la OMC. Es decir que, en el caso de una medida resultara violatoria tanto de las Decisiones como de la regulación de la OMC, no se entiende que las partes renuncien al derecho de iniciar procedimientos de solución de controversias en ambos foros. Sin embargo, en la hipótesis de que esto sucediera, no podrán establecerse simultáneamente, sino que el segundo procedimiento sólo podrá iniciarse cuando el primero haya concluido. En otras palabras, aunque no se acordó (como hubiera sido deseable) una regla de exclusión de foros, no podrán ventilarse dos procedimientos de manera simultánea. Por lo tanto, la parte que inicie un procedimiento deberá optar por uno de los foros y, sólo después de agotar esta instancia, podrá iniciarse la segunda. De acuerdo con LÓPEZ AYLLÓN (2009), esta disposición, por cierto, reduce muy significativamente la posibilidad de tener dos decisiones diferentes

confirman los derechos y obligaciones de las partes en esos acuerdos, se prefirió que los eventuales conflictos fueran resueltos, de manera exclusiva, en ese foro.

sobre el mismo asunto en el marco de los acuerdos de la OMC y con la Unión Europea, pero no la elimina del todo.

5.2.2.2. ESTABLECIMIENTO E INTEGRACIÓN DEL PANEL ARBITRAL

Si la controversia no puede ser resuelta durante los quince días siguientes a las consultas realizadas en el seno del Consejo Conjunto, o bien, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la solicitud de consultas, en el caso de que no se hubieran realizado, la parte que se considere afectada podrá solicitar por escrito el establecimiento del panel arbitral. En dicha solicitud, deberá señalar la medida y las disposiciones que considere aplicables.

El panel arbitral estará integrado por tres árbitros, incluido el Presidente del mismo. Cada parte designará a un árbitro a la vez que propone tres candidatos para asumir el cargo de Presidente, al que las partes designarán dentro de los quince días siguientes al nombramiento del segundo árbitro, normalmente dentro de la lista de candidatos propuestos, aunque no existe prohibición para que, previo acuerdo, seleccionen a cualquier otra persona. El panel se considerará establecido en la fecha en que se designe a su presidente.

Los árbitros estarán sujetos a un Código de Conducta¹³. No se establecieron requisitos específicos para ser panelista, simplemente se

13 Es importante mencionar que ésta es la primera vez que la Unión Europea admite en una negociación comercial la aplicación de un Código de Conducta para los árbitros. Este código, que constituye un Apéndice a las Decisiones 2/2000 y 2/2001 del Consejo Conjunto UE-México, con muy ligeras modificaciones, está tomado del Código de Conducta del TLCAN que, a su vez, fue adaptado del Código de Conducta negociado en el marco del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos. Este código parte de un principio general: todo candidato, árbitro y ex árbitro evitará ser deshonesto y parecer deshonesto, y guardará un alto nivel de conducta, de tal manera que sea preservada la integridad e imparcialidad del sistema de solución de controversias. Sujeta a los árbitros a una obligación continua de revelar, durante todo el procedimiento, cualquier interés que pudiera afectar su independencia o imparcialidad. Los árbitros no pueden dejarse influenciar por intereses propios, presiones externas, consideraciones políticas, presión pública, lealtad a una parte o temor a las críticas. Tampoco pueden adquirir obligaciones (especialmente financieras o personales) que pudieran interferir con el cumplimiento de sus deberes. Finalmente, ningún panelista puede usar su posición en el panel en beneficio personal o privado.

considera que ello no resulta efectivo o práctico, podrá suspender beneficios en otros sectores.

Ahora bien, la suspensión de beneficios no es automática, sino que deberá ser notificada a la otra parte sesenta días antes de que tenga lugar. Este aviso permite que cualquiera de las partes solicite al panel original, dentro de los quince días posteriores a la notificación, que determine si los beneficios que se suspenderán son equivalentes a aquellos afectados por la medida violatoria. El panel tiene cuarenta y cinco días para emitir su dictamen. Los beneficios no podrán suspenderse hasta que el panel emita su dictamen.

Desde luego, la suspensión de beneficios tiene un carácter temporal y podrá mantenerse sólo hasta que la medida violatoria sea eliminada o modificada para lograr conformidad con los instrumentos jurídicos abarcados, o hasta que las partes alcancen un acuerdo para solucionar la controversia. De nueva cuenta, y a petición de cualquiera de las partes, el panel original podrá emitir un dictamen para determinar el cumplimiento con su resolución y, en su caso, decidir si la suspensión de beneficios debe darse por terminada. Huelga recordar que todas las resoluciones de los paneles son obligatorias.

5.3. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PARTICULARES

El mecanismo que se acaba de describir puede ser utilizado exclusivamente por las partes del acuerdo. En otras palabras, los particulares no tienen acceso a éste para solucionar sus controversias y sólo puede ser utilizado por los Estados y la Unión Europea y sus Estados Miembros. Respecto de ellos, México y la Unión Europea emitieron una Declaración Conjunta en la que se comprometen a promover y facilitar, en la mayor medida de lo posible, el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales privadas entre particulares en la zona de libre comercio. En el mismo sentido, las partes confirman la importancia que otorgan a la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York).

Mediante esta declaración, México y la Unión Europea se comprometen *moralmente* a facilitar y promover el uso del arbitraje como medio idóneo para resolver los conflictos entre particulares.

6. CONCLUSIONES

Una de las consecuencias de la globalización ha sido el aumento del tráfico jurídico internacional, debido en gran medida a la suscripción de acuerdos de tipo económico y comercial interestatales. Este incremento se ha visto reflejado también en el número de controversias que entre los Estados se han suscitado y el lógico y creciente interés de éstos por encontrar mecanismos que les permitan resolverlas de forma rápida, clara y justa.

En el caso de nuestro país, luego de las severas crisis económicas de principios de los años ochenta y mediados de los noventa del siglo pasado, se buscó una solución en la apertura al exterior, a través de la suscripción de numerosos tratados internacionales que permitieran el intercambio de bienes y servicios en condiciones preferenciales para las partes.

En este sentido, el Acuerdo entre México y la Unión Europea ha conducido al fortalecimiento y consolidación de su mutua relación, al ser uno de los más avanzados de los que ambas partes hayan firmado, pues como se ha mencionado, contiene no sólo medidas de tipo económico y comercial, sino también una vertiente de asociación política y cooperación, herramientas que sin duda deberían ser aprovechadas de manera óptima tanto por el gobierno como por las empresas y la sociedad civil mexicana.

Por lo que ve a la solución de controversias y su relación con los MASC, como se ha establecido líneas arriba, existen dos mecanismos distintos, según dicha controversia se presente en la vertiente comercial o en cualquiera otra de las cubiertas por el Acuerdo.

En este último caso, se ha optado por un mecanismo diplomático-político, donde sin duda métodos tales como la negociación serán indispensables. Tratándose de controversias surgidas en la materia comer-

cial, se ha establecido una primera fase de consultas y, si éstas resultan infructuosas, una segunda fase arbitral.

Si bien algunas observaciones podrían hacerse, tales como la amplitud de atribuciones de que disfruta el Consejo Conjunto, las consecuencias de que una parte entendiera incumplida la cláusula democrática o la posibilidad de la duplicidad de foros, no es posible dejar que constatar la importancia que los medios alternativos de solución de controversias tienen en la actualidad en las relaciones internacionales y en la forma en que los Estados resuelven sus diferencias.

En efecto, los MASC se constituyen como una visión novedosa y distinta de la tradicional atención de conflictos exclusivamente por medio de instancias jurisdiccionales, con la problemática añadida que eso implica en materia internacional. Por ello, los MASC figuran como uno de los temas de actualidad en las agendas nacionales e internacionales, así como en una serie de organizaciones internacionales que muestran en la potenciación de los estos mecanismos un interés prioritario. Resta esperar que este esfuerzo e interés se traduzcan en mayor seguridad jurídica, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO, H. (1994). *Las negociaciones comerciales de México con el mundo. Una visión de la modernización de México*. México: Fondo de Cultura Económica.
- CASTAÑEDA, F. et al. (Coord.) (2010) *Logros y retos a diez años del acuerdo global México– Unión Europea*. México: Gernika.
- CRUZ MIRAMONTES, R. (2003). *Las relaciones comerciales multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- FRANCO, C. (marzo-junio 2010). “La Asociación Estratégica México-Unión Europea: origen y perspectivas”. *Revista Mexicana de Política Exterior*, no. 89.

- GÓMEZ-ROBLEDO, A. (2008). *Temas selectos de Derecho Internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GORJÓN, F. y BADIL, M. (2008). "Mediación y Arbitraje, factores de internacionalización del sistema judicial". *Obra en Homenaje a RODOLFO CRUZ MIRAMONTES*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- — y STEELE, J. (2008). *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México: Oxford.
- HABERMAS, J. (2003). *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*. España: Katz Editores y Centro de la Cultura Contemporánea de Barcelona.
- LEBRIJA, A. y SBERRO, S. (Coords.) (2002). *México-Unión Europea. El Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación, sus aspectos fundamentales*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Instituto de Estudios de la Integración Europea, Miguel Ángel Porrúa.
- LÓPEZ-AYLLÓN, S. (2003). "Los mecanismos de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea". *Jornadas sobre México y los Tratados de Libre Comercio*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- OOSTERHOFF, A. (2009). "La trayectoria de las relaciones entre México y la Unión Europea". *Memorias e historias compartidas: intercambios culturales, relaciones comerciales y diplomáticas entre México y los Países Bajos, siglos XVI-XX*. México: Universidad Iberoamericana.
- REMIRO, A. (2007). *Derecho Internacional*. España: Tirant Lo Blanch.
- SILVA, J. (2001). *Arbitraje Comercial Internacional en México*. México: Oxford.
- THORPE, A. (2003). "México y el TLC con Europa: el punto de vista bilateral". *Jornadas sobre México y los Tratados de Libre Comercio*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- WITKER, J. y HERNÁNDEZ, L. (2008). *Régimen jurídico del comercio exterior en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

ASPECTOS CULTURALES COMO PROBLEMA Y SOLUCIÓN EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

CARLOS ERNESTO TEISSIER ZAVALA¹

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. Este capítulo tiene como objetivo principal sensibilizar al lector sobre el impacto que tiene la diversidad cultural en las negociaciones comerciales internacionales. Adicionalmente se hace un recuento de los principales elementos causantes de la diversidad cultural y de cómo los mismos influyen en los comportamientos, actitudes, normas, y valores de los individuos en diferentes latitudes. Se hace mención a las principales herramientas de adaptación cultural y los más importantes mecanismos a disposición del negociador internacional en este contexto.

Palabras clave. Negociación intercultural, diversidad cultural, adaptación cultural, negocios internacionales, negocios multiculturales.

Keywords. Intercultural negotiation, cultural diversity, cross cultural adaptation, international business, multicultural business.

Sumario. 1. Introducción; 2. Problemática intercultural en los negocios internacionales; 2.1. Identidad internacional de la empresa; 2.2. El mundo *más Internacional* que antes; 2.3. El negociador internacional y la problemática intercultural; 2.4. El proceso de negociación ante la perspectiva internacional; 3. ¿Qué es cultura y donde inicia la diversidad cultural?; 3.1. La cultura como programación mental; 3.2. Los elementos de la cultura; 3.3. La cebolla cultural; 4. La diversidad cultural como obstáculo en los negocios internacionales. 4.1. Principales problemas del negociador internacional. 4.2. El etnocentrismo; 4.3. El perfil cultural del negociador; 5. El modelo de HOFSTEDE; 5.1. Dimensión

1 CARLOS ERNESTO TEISSIER ZAVALA cuenta con el grado de Maestro en Gerencia Global, el Doctorado en Negocios Internacionales con especialidad en Negociación Intercultural y la Especialidad en Liderazgo, esta última por la Universidad de Harvard. Es consultor, catedrático, conferencista y escritor en la materia y en diversos países. Es catedrático del Doctorado en Relaciones Internacionales, Negocios Internacionales y Diplomacia de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública de la Universidad Autónoma de Nuevo León. (cteis@cteiss.com)

de poder; 5.2. Dimensión de individualismo/colectivismo; 5.3. Dimensión de masculinidad; 5.4. Dimensión de resistencia a la incertidumbre; 5.5. Dimensión de pragmatismo; 5.6. Dimensión de indulgencia o restricción; 6. La adaptación cultural en los negocios; 7. Conclusiones; 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Consideremos el dinámico mundo de los negocios hoy en día. La exposición global de los mismos y la forma cómo interactúan las diferentes empresas alrededor del mundo ha cambiado radicalmente en los últimos 15 años.

Podríamos remitirnos a las épocas de Tai Pan y cuando se generan los primeros intercambios comerciales internacionales en la perla de occidente, hoy Hong Kong. Pero definitivamente y a pesar de la evolución cotidiana que el comercio internacional ha llevado, los últimos 15 años han marcado un parteaguas en las relaciones comerciales mundiales.

Usted podrá decir que el dinamismo que guarda hoy en día del comercio internacional se debe principalmente a la globalización, y que la misma no es producto de los últimos 15 años sino de un proceso constante de evolución al cual podemos seguir la huella quizás por un par de siglos. Y aún y cuando esto es cierto, la gran diferencia radica en la competencia que han guardado entre sí las empresas de diferentes latitudes. Pongamos un ejemplo: en la industria del acero, dos grandes productores podrían hace 20 años haber disputado la venta de una cantidad importante de toneladas de este producto a un tercer país. En este caso el cliente es China y los proveedores potenciales son Brasil y Estados Unidos. Considerando la situación antes mencionada, y situándonos en un espacio de tiempo decíamos de los años ochenta, Brasil tendría muy pocas posibilidades de igualar el precio del acero estadounidense, no por los costos de producción o cualquier tipo de costos inherentes a la manufactura, sino simplemente por la diferencia en la distancia y el alto costo del flete. En este caso estamos hablando de que el costo de transportación del acero brasileño en China representaba aproximadamente el 20% del precio del mismo.

Hoy en día y dadas las grandes ventajas que la globalización ha traído en cuanto a vías de comunicación, y por supuesto el transporte de materiales y productos en el mundo, los costos de transportación a nivel mundial han bajado y ahora impactan mucho menos en el precio de venta. La consecuencia no sólo ha sido que muchas empresas han perdido la ventaja comercial geográfica que representaba estar cerca de sus clientes, sino que al mismo tiempo ha obligado a muchos países a elevar sus índices de productividad y con esto poder competir en una arena donde la distancia geográfica ya no implica una ventaja. Hoy por hoy la diferencia en el precio del producto atribuible al flete y para el caso del acero brasileño que se exporta China, impacta tan sólo el 6% del mismo.

Podríamos entonces preguntarnos ¿cuál es la relación que guardan los comentarios anteriores en relación a los aspectos culturales como problemática en los procesos de negociación comercial internacional? La respuesta la vamos encontrar al reflexionar sobre los efectos de la globalización y de la férrea competencia mundial que ya no tiene fronteras. Volvamos a nuestro ejemplo el caso del acero estadounidense en China. Decíamos que la menor distancia geográfica entre Estados Unidos y China le daba a este país la ventaja de venta en el mercado asiático. Al no haber necesidad ni posibilidad económica de los chinos por comprar acero brasileño no existía tampoco una fuerte interacción comercial entre ambos países y por lo tanto no existía la problemática derivada de dos culturas tan diferentes. Por otro lado y sin considerar que Estados Unidos y China son culturalmente similares, si podemos afirmar que la misma dinámica de comercio entre ambos países hizo que se fueran allanando las asperezas causadas por la cultura. Pero hoy en día los chinos no tienen que negociar con los estadounidenses únicamente, de hecho ni siquiera es Brasil su única segunda opción. Al momento de buscar acero en el mundo, los negociadores chinos deben establecer procesos en casi todas las latitudes, y eso por supuesto que involucra a la diversidad cultural.

Consideremos ahora las prácticas cotidianas de negocios, los procesos propios de las empresas y los ejecutivos y directivos que operan la misma. Hasta hace algunos 10 o 15 años a la pregunta de: ¿cuáles considera usted que son las prácticas más importantes en los procesos de

negocio internacional hoy en día?, Los ejecutivos respondían con varios enunciados relacionados con la logística, el manejo recursos humanos, el manejo financiero, la planeación, la producción y muchos otros. Ante la misma pregunta y en un estudio realizado por el Doctor LIVERMORE (LIVERMORE, 2010), la mayor parte de los ejecutivos encuestados en el año 2012 respondieron como primera opción que la diversidad cultural. En otras palabras, en el mundo de los negocios la diversidad cultural hoy en día representa la oportunidad más importante para el éxito o el fracaso del comercio internacional.

En efecto, los impactos de la globalización son mucho más complejos de lo que podemos darnos cuenta y la forma en que los aspectos culturales han ido afectando las interacciones entre personas y organizaciones de diversas latitudes ha llegado a ocasionar problemas serios, de tal suerte que una infinidad de asuntos y tratos no solamente de negocios, sino políticos, sociales y hasta de carácter antropológico, han tenido una conclusión negativa debido a esta problemática. YUNXIANG YAN refiere en el libro editado por BERGER y HUNTINGTON (HUNTINGTON & BERGER, 2002), el caso de un periodista chino que narraba las manifestaciones de un grupo de estudiantes por el bombardeo de la OTAN a la embajada China en Belgrado en 1999. El periodista señalaba la ironía cuando una gran cantidad de manifestantes estaban tomando Coca-Cola mientras pedían terminar con el *imperialismo americano*. Pero la ironía va aún más allá, muchos de estos activistas jóvenes enviaban mensajes por internet convocando a las marchas de la resistencia en este movimiento en contra de la invasión de los Estados Unidos, parecía no darse cuenta que los mensajes que enviaban estaban en inglés e iban firmados con los nombres propios americanos que los estudiantes chinos acostumbran adoptar.

2. PROBLEMÁTICA INTERCULTURAL EN LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

Hemos hablado ya en la introducción de cómo la diversidad cultural afecta las relaciones entre empresas. Aún más allá, THOMAS e INKSON (THOMAS & INKSON, 2009) mencionan que la globalización afecta de igual manera a empleados y directivos de todos los niveles tanto como

a los clientes y de hecho a toda la población en general. Inevitablemente la globalización trae interacciones y relaciones entre personas que son culturalmente diferentes. En los negocios hoy en día, y como turistas y miembros de familias, redes y comunidades internacionales, viajamos a otros países con personas de otras culturas, hablamos con ellos y correspondemos con ellos por diversos formatos muchos de ellos electrónicos. Aún en nuestras propias ciudades notamos que más y más nuestros clientes, colegas y amigos, así como las personas con las que nos topamos en la calle, son notoriamente diferentes y pertenecen a otras culturas. Esta tendencia no es reversible. Esta globalización de personas crea nuevos y mayores retos para todos, especialmente para aquellos que se desempeñan en el mundo de los negocios. Aún y cuando cada vez más cruzamos fronteras y vamos derribando las barreras a la migración, a los viajes, y al intercambio de información, las barreras culturales no pueden ser tan fácilmente derribadas. A diferencia de aspectos legales, políticos o económicos del ambiente global, que se pueden observar, la cultura es mayormente invisible. Es por esto que la cultura es el aspecto del contexto global que es más comúnmente es pasado por alto (HOFSTEDE, PEDERSEN, & HOFSTEDE, 2002, pág. 5).

2.1. Identidad internacional de la empresa

YIP (1995, pp. 184-185) menciona que la identidad internacional de la empresa puede ser un factor determinante del éxito de sus operaciones y negociaciones internacionales. Una identidad fuertemente nacionalista de la empresa puede minimizar la voluntad y habilidad para diseñar estrategias, productos y negociaciones internacionales. Las empresas europeas generalmente son más avanzadas que las estadounidenses y asiáticas al momento de adoptar esta identidad global. No es de extrañar este hecho considerando las múltiples identidades internacionales que existen en el viejo continente.

Hasta hace todavía un par de décadas, las operaciones internacionales en el mundo de los negocios se centraban única y exclusivamente en aquellas organizaciones que decidían por vocación hacerlo. Así una empresa con visión internacional y por razones obvias tenía interacciones con empresas e individuos de todo el mundo. Hoy esto ha cambiado

radicalmente, las interacciones internacionales entre empresas no están supeditadas únicamente a aquellas que han decidido hacerlo como parte cotidiana de sus trabajos. Todas las empresas sin importar el ámbito de influencia que hayan determinado al momento de ser fundadas, acceden a un sistema en el que tendrán por fuerza que involucrarse en aspectos internacionales. Las que lo hacen en forma más directa lo hacen a través de sus ventas y porque así fueron diseñadas, otras tenían en mente vender localmente y las oportunidades de ventas internacionales los alcanzaron tarde o temprano. Otras no venden en el extranjero pero tienen que comprar recursos, equipos, materiales y materias primas que vienen del extranjero y cuyo precio afecta su costo de producción. Otras no tienen ninguna de estas interacciones con el extranjero, pero sus clientes locales tienen la opción de comprar sus productos con empresas de otras latitudes y con precios similares, esto hace que la empresa local tenga que entender el mercado internacional de sus productos, la mercadotecnia y situarse en un nivel competitivo. Y en la forma más localizada de hacer negocios, el turismo, resulta completamente obvio que la parte más atractiva de los clientes del turismo está en el extranjero.

Entonces, por más que una empresa decida que su ámbito de influencia es de carácter local, su relación internacional en el mercado global es ineludible.

En su libro *Las Nuevas Multinacionales: las empresas españolas en el mundo*, GUILLÉN y GARCÍA-CANAL (2011) relatan como el panorama competitivo global está cada vez más poblado por empresas multinacionales que tienen sus orígenes en países que no se encuentra entre los más avanzados del mundo desde el punto de vista tecnológico o de reputación de marca y que principalmente estas multinacionales provienen de economías con ingresos medio-alto o de países emergentes. Las multinacionales de mercados emergentes son jugadores relativamente recién llegados a la globalización, pero están recuperando rápidamente el tiempo perdido

Como veremos más adelante el éxito en la negociación internacional de las corporaciones radica principalmente la habilidad de adaptación cultural de las mismas y de sus ejecutivos. Una fuerte identidad nacionalista tendrá una influencia en la cultura predominante de sus represen-

tantes, haciendo el proceso de adaptación cultural mucho más difícil y doloroso.

2.2. El mundo “más internacional” que antes.

Una de las razones por las cuales la diversidad cultural es hoy por hoy mucho más importante en el mundo en las negociaciones comerciales internacionales, radica en cómo la economía global ha sufrido cambios. Anteriormente los países desarrollados eran los que sostenían entre sí la mayor parte de los negocios y las negociaciones comerciales en el mundo. En estas interacciones de negociación y cuando las mismas llegaban a realizarse con países subdesarrollados, el contexto se veía de fuerte a débil, como un proceso de conquista. El país más grande y mucho más poderoso ejercía un poder absoluto sobre el país subdesarrollado.

Entonces, las negociaciones comerciales internacionales en el pasado tenían cualquiera de dos características: o se llevaban a cabo entre el mismo grupo de países y con esto acababan conociéndose mucho mejor entre sí, o se realizaban entre países muy poderosos, los menos, y países muy débiles y con poco poder en el proceso de negociación. La visión de los negociadores entonces, refiriéndonos a esos países desarrollados, eran más la de la perspectiva de una negociación dura en donde no se buscaban acuerdos, se buscaba imponer condiciones.

GUILLÉN y ONTIVEROS (2013, pp. 13-14) refieren en su concepto de *globalización del tercer tipo*, que ésta ha estado caracterizada por el surgimiento de las economías emergentes como jugadores globales prominentes, mencionando principalmente a los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) y a los MINT'S (México, Indonesia, Nigeria y Turquía). Mencionan los autores que durante la primera década del siglo XXI, estas economías emergentes han crecido a una tasa promedio anual que fluctúa entre el 8% y el 9%, comparado esto con el 2% o 3% de la mayoría de los países desarrollados. Como resultado tenemos entonces que desde la perspectiva de los procesos de negociación, ya no podemos diferenciar entre la ventaja o desventaja de pertenecer a un país desarrollado o a uno en vías del mismo. La ventaja que este elemento puntual significaba para un negociador comercial internacional hace un par de décadas, ha desaparecido.

2.3. El negociador internacional y la problemática intercultural

Es un hecho que las interacciones internacionales en una empresa afectan a todos los departamentos de la misma. Desde el departamento de finanzas pasando por el de logística hasta el de mercadotecnia y ya no digamos el de ventas, están expuestos a las interacciones internacionales con empresas, organismos e individuos de otras latitudes. Sin embargo, la negociación es el proceso de negocios que más recae en el perfil del individuo que la ejecuta. En otras palabras, cualquier otro proceso del negocio está más ligado a sistemas, procesos y reglas, y en el peor de los casos, al consenso de un grupo de personas. En el caso de la negociación, el negociador va a imprimir su sello personal al proceso y, con éste, su perfil personal marcará en gran medida el éxito o el fracaso de la misma.

FATEHI (1996) señala atinadamente que una de las labores más difíciles e importantes que enfrentan los directivos internacionales es la negociación. Para concluir exitosamente un trato de negocios, un acuerdo laboral, o un contrato con extranjeros que en muchos aspectos son muy diferentes a nosotros, se requiere una gran cantidad de habilidades. La negociación internacional es muy compleja porque envuelve diferentes leyes, regulaciones, estándares, prácticas de negocios y, por sobre todo esto, la diversidad cultural. El negociador internacional por lo tanto y, como decíamos antes, que imprime al proceso de negocios su perfil personal llevará a la mesa de negociación todo su bagaje cultural, mismo que es sin lugar a dudas diferente al de sus interlocutores. Y con este bagaje cultural llevará también inconscientemente su voluntad etnocentrista. Todo esto en forma conjunta nos prepara para el fracaso.

2.4. El proceso de negociación ante la perspectiva internacional

Decíamos que la negociación forma parte determinante en el devenir de las interacciones internacionales entre empresas y como también el papel que juega el negociador en forma personal es determinante. Pero llama la atención de sobremanera que, desde la definición misma del proceso de negociación, los negociadores en diversos contextos globales, en diferentes regiones del mundo y en distintos países, crean en su

mente diferentes definiciones para lo que en realidad es una negociación.

FATEHI (1996) señala como definición de negociación lo que podríamos interpretar como el proceso de comunicaciones de ida y vuelta con el propósito de encontrar un acuerdo sobre ideas diferentes. Él menciona que en cualquier negociación se pueden encontrar tres componentes: el proceso, las partes en negociación, y el acuerdo como resultado de la negociación.

Sin embargo CELLIH y JAIN (2004) mencionan que la definición misma de negociación ya es de por sí un elemento de diversidad cultural. Efectivamente coinciden en que la mayor parte de los negociadores internacionales en occidente definen el proceso de negociación como lo marcaba FATEHI en el párrafo anterior, como un proceso de propuestas y contrapropuestas entre dos partes con intereses diferentes y con el propósito de encontrar un acuerdo. Sin embargo y lo mencionan también los mismos autores, la visión sobre la negociación en los principales países asiáticos no estriba tanto en la importancia de llegar a un acuerdo, como en la oportunidad que propicia el proceso de negociación entre dos partes para conocerse entre sí mismas y desarrollar una relación de confianza. En otras palabras mientras para el negociador occidental el proceso de negociación se reduce al resultado final de la misma desde la perspectiva de precios y condiciones, para el negociador asiático lo realmente importante del proceso de negociación es conocer a su contraparte, saber cómo opera y cuáles son sus intereses y con esto desarrollar la confianza necesaria para establecer negocios con ellos.

Con esta consideración en mente entenderemos entonces que, si desde la visión misma del propósito de una negociación tenemos diferencias en la mente de los dos negociadores y lo que pretenden obtener de la misma, difícilmente quedarán ambos satisfechos al final del proceso.

En su artículo *resolución de conflictos y negociación a través de las culturas*, publicado en la revista de la escuela de leyes de Harvard, KATIE SHONK (2014) demuestra como resultado de su estudio que buscar acuerdos entre diversas culturas tiende a llevar a los peores resultados, en comparación con las negociaciones que se conducen dentro de la

misma cultura. Menciona también que la diversidad cultural tiene como consecuencia malos entendidos y poca posibilidad de explorar y descubrir acuerdos de tipo integrativo y soluciones que creen valor.

Como lo demuestran BAUER y ERDOGAN (2011) en su estudio “éticas y negociaciones”, la ética establece el camino para hacer lo que es correcto, justo y honesto. Pero lo que es honesto y justo bajo una óptica puede no resultarlo bajo la otra en un proceso de negociación entre dos culturas. Tal sería el caso de la forma como se ve el nepotismo, como un evento negativo en culturas occidentales pero al mismo tiempo como una obligación en algunas culturas principalmente del continente africano. En estas últimas, la persona que llega un puesto público de importancia tiene la obligación moral de dar trabajo a sus parientes más cercanos en la misma oficina gubernamental.

3. ¿QUÉ ES CULTURA Y DONDE INICIA LA DIVERSIDAD CULTURAL?

Hemos visto que en efecto existe un problema que podemos atribuir a la diversidad cultural cuando se establecen procesos de negociación comercial entre diversos países. Pero entender la raíz de la problemática requiere que empecemos por definir lo que entendemos por cultura. Esto de por sí ya es un problema porque la misma definición de cultura cuenta con varias denominaciones y muchas de ellas directamente relacionadas con el contexto geográfico y social en distintas partes del mundo.

Una de las definiciones de cultura, misma que incluyen CELLICH y JAIN (2004, p. 24) menciona: *la cultura incluye todo el comportamiento aprendido y los valores que están transmitidos a través de experiencias compartidas para un individuo viviendo dentro de una sociedad*. Vemos entonces que el concepto cultura es amplio y extremadamente complejo. En su mismo libro CELLICH y JAIN (2004, p. 25) incluyen una definición de cultura de Sir EDWARD TAYLOR: *cultura es aquel complejo que se convierte en un todo y que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral y la ética, la ley, costumbres, y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridas por los individuos miembros de una sociedad*.

HERNÁNDEZ y GRAHAM (2008, p. 36) refieren en su libro una definición de cultura de EDWARD T. HALL que es extremadamente relevante para los negociadores internacionales: *las personas a las que estábamos capacitando en cuestiones de negociación internacional seguían golpeando sus cabezas contra una barrera invisible... Sabíamos que lo que ellos enfrentaban en una forma completamente diferente de organización de la vida, de pensamiento y de la forma como se conciben los principios básicos de la familia y el Estado, el sistema económico e inclusive el hombre por sí mismo.* El punto central en el comentario de HALL es que las diferencias culturales frecuentemente son invisibles, como el agua lo es para los peces, y que si los negociadores ignoran estas diferencias y las pasan por alto, se obtendrán resultados negativos en las negociaciones refiriendo pérdidas a sus compañías y sus carreras.

3.1. La cultura como programación mental

CELLICH y JAIN (2004) mencionan que ningún negociador puede evitar el traer su propia visión cultural, imágenes, prejuicios y otros elementos de comportamiento en cualquier situación de negociación internacional.

Uno de los principales estudiosos de la diversidad cultural y sus efectos en las negociaciones comerciales internacionales es el profesor GEERT HOFSTEDE. Él y su hijo son, por mucho, quienes más han investigado y han escrito en este contexto. Con el fin de entender más a profundidad del concepto, HOFSTEDE (*Cultures and Organizations: Software of the Mind*, 2005) hace una analogía en la forma en que las computadoras son programadas. Él se refiere a los patrones de comportamiento, pensamiento, sentimiento y forma de actuar de los seres humanos, como el *software* de la mente. Esto de ninguna forma significa que las personas son programadas en la forma en que las computadoras lo son. Sin embargo sí establece que el bagaje cultural de una persona, mismo que es recogido a lo largo de la existencia de la misma, va formando la *programación de la mente* y con esto la manera como estas personas van a reaccionar en los ámbitos antes mencionados.

Si consideramos esta teoría, sabremos entonces que las computadoras programadas de distinta forma procesarán la información en forma diferente. Continuando entonces con la analogía de HOFSTEDE, en un

proceso de negociación internacional las mentes de los protagonistas procesaran la información en forma diferente, teniendo como referencia de punto final una imagen completamente distorsionada a la de sus contrapartes.

3.2. Los elementos de la cultura

La diversidad cultural tiene entonces una cantidad importante de elementos. Para efectos de los procesos de negociación comercial internacional, se mencionan en este capítulo los que se consideran más relevantes. HERNÁNDEZ y GRAHAM (2008), y como parte de su definición de cultura, enlistan cinco elementos claves: valores, rituales, símbolos, creencias y procesos de pensamiento. De acuerdo a su definición entonces los negociadores internacionales deben conducir y planear sus interacciones con contrapartes en otras latitudes partiendo de las consideraciones de cada uno de estos puntos.

De acuerdo a la experiencia del autor del presente capítulo y en su manual de entrenamiento en los programas de capacitación que imparte a ejecutivos de muchas empresas, se hace una lista de los principales elementos de diversidad cultural que afectan las negociaciones internacionales. A continuación se mencionan dando una breve explicación de cada uno de ellos.

- Sentido del espacio. La forma en que las personas visualizan el espacio que les rodea. Algunas tienden a sentirse incómodas en espacios cerrados o ante la proximidad de otras personas. Para otras la cercanía refleja confianza.
- Valor personal. Este elemento está íntimamente relacionado con la forma de demostrar respeto. Para algunas culturas es imprescindible entender como se demuestra el respeto. En forma contraria otras culturas no parten de bases protocolarias y son muy casuales al momento de negociar.
- Comunicación. Más allá de los idiomas, las comunicaciones directas o indirectas, formales o informales, respetuosas o casuales, suelen ser diferentes. Si somos capaces de interpretar estos elementos en

la otra cultura, nos será mucho más sencillo ser claros y asegurar la comprensión del mensaje que enviamos.

- Conciencia del tiempo. No se trata solamente de la puntualidad, misma que independientemente del contexto cultural es indispensable, este elemento se refiere al manejo que la cultura le da al tiempo. Para algunas culturas (ej. EEUUA) el tiempo es absoluto y tiene una relación directa en el parámetro de costo-beneficio, se le da un valor económico al tiempo y a la inversión del mismo. Para otras culturas (ej. Japón) el tiempo tiene un valor relativo y abstracto, no se le atribuye un costo y resulta irrelevante tratar de hacerlo efectivo y eficiente. En nuestro ejemplo mientras el negociador de la primera cultura referida busca presionar para acortar el tiempo dedicado a la negociación, el negociador de la segunda cultura referida no tendrá el menor interés en hacerlo y por el contrario utilizará pausas prolongadas y períodos de tiempo inactivos para la reflexión.

LEWIS (2007) menciona que particularmente el tiempo es visto en forma diferente bajo la perspectiva de las culturas orientales y las culturas occidentales, y aún dentro de estos mismos grupos la esencia del tiempo tiene una influencia muy diferente entre los países europeos y los latinoamericanos.

- Relaciones personales. Decíamos párrafos atrás que la definición misma de negociación es vista de distinta forma dependiendo del contexto cultural. Para algunas culturas el proceso de negociación está íntimamente relacionado con la posibilidad de establecer relaciones con la contraparte. Para estas culturas la negociación tiene una importancia mucho mayor desde la perspectiva de conocer y saber si se puede confiar en la contraparte, que desde la perspectiva del negocio *per-se*. Para otras culturas las relaciones personales no tienen cabida en el mundo de los negocios. Los procesos de negociación por lo tanto se convierten en procesos automáticos completamente despersonalizados, una vez cerrado el negocio la relación entre ambas partes bajo esta perspectiva se remite únicamente a números.
- Símbolos. Dependiendo del contexto cultural, los símbolos suelen ser uno de los principales elementos en el proceso de negociación

intercultural. En muchos países la correcta interpretación de los símbolos reduce las brechas de desentendimiento y promueve un ambiente cordial en las negociaciones. De igual forma, mal interpretar los símbolos suele comúnmente ser una causa de problemas de negociación y, en ocasiones extremas, de rompimiento en las negociaciones o entre las partes. A manera de ejemplo podríamos citar el uso de la tarjeta de presentación, mientras para un estadounidense ésta no es más que un papel con los datos de localización; para un japonés es la representación gráfica de la persona misma que otorga la tarjeta. Tratarla con desdén, arrojándola a través de la mesa de negociaciones, para el estadounidense puede resultar práctico, para el asiático puede ser considerado como un insulto.

Por su parte LEAPTROTT (1996) menciona que es importante conocer en nuestra contraparte, antes de iniciar la negociación, cómo es que esta persona va a tomar acción y define específicamente algunos elementos que debemos conocer de su forma de actuar, elementos que coinciden con algunos de los que se han mencionado antes: percepción del tiempo, espacio, estilo de comunicación, materialismo, poder, autoconciencia y por último ética de trabajo.

3.3. La cebolla cultural

Los elementos propios de la cultura enlistados anteriormente, así como aquellos muchos que no han sido mencionados, están presentes en los negociadores de distintos países en distinta forma e intensidad. Conocer los detalles de la importancia que una cultura le da a cierto elemento puede ayudarnos a entender si el mismo va a convertirse en un obstáculo o si por el contrario no va a suponer un problema al momento de negociar con esa otra cultura.

Diversos autores e investigadores han hecho propuestas para entender la relativa importancia que estos elementos tienen en cada cultura particular. Sobresale dentro de estas teorías la conocida como *la teoría de la cebolla cultural*.

HOFSTEDE (2001) relata como parte de su libro *Culture's Consequences*, considerado su obra principal, la denominada teoría. Semejante

a una cebolla, la cultura tiene diversas capas. Las más externas son de fácil acceso y se remueven con la simple utilización de las manos. Conforme se van quitando las capas exteriores, las interiores resultan ser más gruesas, de más difícil acceso y más difíciles de remover. De igual forma la cultura tiene elementos en sus capas externas mismos que son de fácil acceso y por lo tanto de fácil adaptación por parte del negociador. Conforme los elementos van formando parte de las capas más internas de la cultura, el acceso a las mismas es más complejo y son más difíciles de percibir. La adaptación en estas capas concéntricas entonces es muy difícil.

- 1ª Capa: Comportamientos. Como parte de los comportamientos están las prácticas más superfluas de una cultura, como la forma de saludar. Al estar presente físicamente en un contexto cultural distinto se desconocen los rituales de saludo, pero bastan algunas horas o un par de días máximo para no solamente reconocerlos sino poder imitarlos. Esta capa es la de más fácil acceso.
- 2ª Capa: Actitudes. Dentro de las actitudes se encuentra básicamente la forma como una cultura visualiza su entorno. Un ejemplo claro sería la actitud que tiene esa cultura con respecto a la conservación del medio ambiente y la relación con la naturaleza. Una propuesta de negocio con una cultura de alta responsabilidad de protección al medio ambiente y que incluye elementos que pongan en peligro la integridad ecológica, será difícilmente aceptada. Por mera exposición a otra cultura, requerimos un tiempo considerable para visualizar y asumir los elementos propios de esta capa.
- 3ª Capa: Normas. En pocas palabras las normas son reglas no escritas. Dentro de las relaciones sociales que mantiene esa cultura particular, sus miembros dan por hecho el respeto a estas normas y, por razones obvias, resulta muy complejo que un extranjero a esa cultura pueda estar al tanto de las mismas. Un ejemplo claro de un elemento cultural en esta capa es cómo la sociedad en una cultura determinada visualiza que dos personas de sexo opuesto que no están casadas pero mantienen una relación, decidan vivir juntos. Lo que en algunas culturas resultaría completamente normal, entendible y práctico, sería inaudito y una falta a los principios morales en otras culturas.

Asumir las normas y hacerlas propias requiere de una exposición directa muy prolongada en ese contexto cultural nuevo.

4ª Capa: Valores. Los valores en una cultura determinada tienen una característica primordial: no son negociables. Entonces en un proceso de adaptación, en distintas intensidades y con diferentes espacios de tiempo, una persona es capaz de adaptarse culturalmente a otro contexto en cuanto a las tres primeras capas. Adaptarse a esta cuarta capa de los valores significaría tener que despojarse de los suyos propios, cosa que raramente sucede. En este sentido entonces es importante desarrollar tolerancia. A manera de ejemplo en esta capa se encuentra la religión en aquellas culturas en donde la misma está férreamente arraigada en la sociedad.

La importancia entonces de la cebolla cultural radica en el hecho de reconocer previamente que tan de fácil acceso o difícil proceso será la adaptación que el negociador deba hacer para poder contrarrestar la diversidad cultural en una negociación internacional. No solamente se trata de saber dónde somos diferentes y cuáles elementos van a causar más problemas, se trata de saber cuáles evitar al máximo y cuáles estar previamente conscientes de que la adaptación sería un fracaso y la respuesta la vamos encontrar en el desarrollo de la tolerancia.

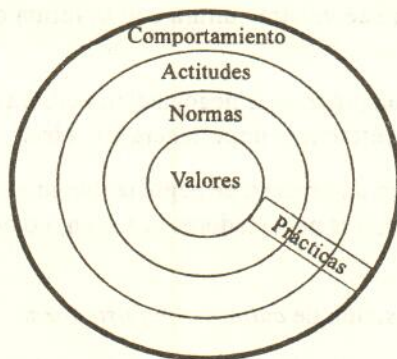


Figura 1.1
La Cebolla Cultural

4. LA DIVERSIDAD CULTURAL COMO OBSTÁCULO EN LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES.

4.1. Principales problemas del negociador internacional

ZWEIFEL (2003, pp. 21-35) en su libro *Culture Clash*, hace un recuento de los 10 *pecados* que cometen las empresas internacionales en negociaciones con otros países:

- Asumir que otras culturas hacen negocios bajo las mismas reglas propias.
- Pensar que las negociaciones en distintas partes del mundo pueden ser iguales.
- Suponer que conocer o desconocer un idioma puede no ser importante.
- No respetar los protocolos culturales o asumir que son irrelevantes.
- No ser capaces de ponerse en la perspectiva de la otra cultura.
- Menospreciar el valor de la relación con la contraparte.
- Confundir como se ve otra cultura con la forma cómo actúa la otra cultura.
- Pensar que en un proceso de negociación pudiera existir una cultura predominante, restándole importancia a la otra.
- Seleccionar para un proceso de negociación internacional a ejecutivos que, por mejores negociadores que sean, no dominan la diversidad cultural.
- Asumir una posición de *cultura conquistadora*.

Ahora con lo que hemos visto anteriormente podríamos pensar que lo mejor que puede hacer un negociador internacional es averiguar sobre los protocolos y la etiqueta de cómo hacer negociaciones en otros países y en otras culturas. Sin embargo en esto radica el principal error que cometen los negociadores internacionales.

Por supuesto que es importante conocer de protocolos y reglas de etiqueta. Pero aún dominando estos campos no hemos cubierto la principal problemática: cómo piensa la gente. El principal problema que se presenta en un proceso de negociación internacional es que una parte asume que, como se están discutiendo y negociando los mismos elementos por ambas partes, la imagen mental que ambos tienen es la misma, lo que es un error. La imagen mental que tiene mi contraparte en una negociación internacional casi en forma segura será muy diferente a la que tengo yo. Es aquí donde en muchas ocasiones el negociador se pregunta: ¿por qué mi contraparte no entiende los términos tan claros si estamos hablando de lo mismo?

NISBETT (2003), habla de la geografía del pensamiento y menciona como las diferentes realidades sociales pueden producir diferentes patrones y literalmente alterar la forma en como esa cultura ve el mundo. Personas que viven en un mundo en donde las fuerzas externas son las más importantes seguramente van a prestar más atención al medio ambiente de la negociación. Personas que viven bajo una perspectiva en donde los aspectos personales son los que producen resultados van a enfocarse primordialmente en los objetos que pueden manipular para conseguir sus metas. Lo más sobresaliente de esta teoría es que nuevamente vuelve a coincidir en la importancia relativa de las partes cuantificables de una negociación que visualizan las culturas occidentales en contraste con las partes pragmáticas que son los más relevantes para una negociación con culturas asiáticas, por citar un ejemplo.

En este mismo sentido, CROUCH (2004) relata varias problemáticas en los procesos de negociación entre Estados Unidos de Norteamérica y México. Hace mención a una diferencia impactante entre la cultura mexicana y la estadounidense desde la perspectiva de la forma de negociar. Los estadounidenses, menciona, aborrecen las contradicciones mientras que los mexicanos se manejan en forma cotidiana con ellas. El estadounidense quiere una respuesta que implique un sí o un no directo, el mexicano sin embargo visualiza la ambigüedad de la pregunta y busca siempre más precisión en la misma para poder llegar a un sí o un no rotundo. Como forma de ejemplo a la pregunta de: ¿aquí hay ratones? El estadounidense contestaría con un sí o con un no, el mexicano respondería: ¿te refieres que si hay ratones adentro o afuera? Pudiera

parecer irrelevante pero en el proceso de negociación entre mexicanos y estadounidenses este simple hecho marca una de las principales problemáticas y tiene un impacto directo en la falta de entendimiento en la mesa de negociación.

4.2. El Etnocentrismo

En la agenda de negocios internacionales, los principales errores de los negociadores están basados en el sentido del etnocentrismo. Aún en forma involuntaria, cuando entramos en contacto con miembros de otras culturas tendemos a visualizar la diversidad cultural desde una perspectiva propia, haciendo comparaciones basadas en nuestra propia cultura como punto de referencia. Al momento de comparar establecemos para cierto rasgo cual cultura es mejor que otra, y en la diversidad cultural eso es un error ya que nunca existe *mejor o peor*, sólo existe *diferente*.

HARRIS y MORÁN (1996) definen al etnocentrismo como la creencia en la inherente superioridad del grupo cultural de pertenencia; puede estar acompañado por sentimientos adversos para aquellos que no pertenecen al grupo; el portador tiende a conservar una mirada de superioridad con respecto a aquellos considerados extranjeros al grupo; visualiza y mide la cultura de las otras personas y grupos en términos relativos y comparativos con la cultura propia.

4.3. El perfil cultural del negociador

Ya hemos comentado que la cultura envuelve la forma de ser de la persona, inclusive hemos mencionado que la cultura actúa como la programación de la mente y por lo tanto determina todo el “funcionamiento” del negociador. Adicionalmente y para los negociadores internacionales la cultura define el perfil que el negociador va tener en su actuar durante los procesos de negociación.

CELLICH y JAIN (2004) proponen una clasificación de perfiles de negociador, misma que determinará el comportamiento y actitud de cada negociador dependiendo de su perfil cultural. En la figura 2 podemos conocer los diferentes tipos de perfil de negociadores que existen, además de poder analizar cómo se comportarían dos perfiles diferentes du-

rante un proceso de negociación. A manera de ejemplo los negociadores mexicanos tradicionalmente pertenecen al perfil de *soñadores*. Por otra parte los negociadores estadounidenses en su gran mayoría pertenecen al perfil de *competidores*. Conociendo las fortalezas y debilidades descritas en el cuadro para estos perfiles podremos entender las problemáticas que se presentarán en el proceso de negociación entre estas culturas.

FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LOS DIFERENTES ESTILOS DE NEGOCIACIÓN			
	FUERZA	DEBILIDAD	MEJOR PARA
ESQUIVADOR	<ul style="list-style-type: none"> * Muestra indiferencia * Evalúa primero el riesgo * Tiene bajas necesidades 	<ul style="list-style-type: none"> * No puede tomar decisiones * No le gusta la negociación. * No se prepara * No se siente cómodo con la gente * Principalmente inactivo 	<ul style="list-style-type: none"> * Evitar la entrada en un mal negocio. * Prospección del mercado cuando los asuntos no son importantes * Evitar situaciones de no ganancia
SOÑADOR	<ul style="list-style-type: none"> * Busca relaciones * Muestra su preocupación para los demás * Los valores de amistad 	<ul style="list-style-type: none"> * Quiere caer bien * Reconoce fácilmente. * Conserva relaciones a costa propia * Regala demasiado 	<ul style="list-style-type: none"> * Busca entrada en nuevos mercados. * La negociación en mercados orientados a la relación
DISCUTIDOR	<ul style="list-style-type: none"> * Hace decisiones rápidas * Le gusta hacer tratos * No tiene posiciones fuertes * Es fácil de tratar * Está abierto a contra-propuestas 	<ul style="list-style-type: none"> * Orientado a ganar-perder * Acepta resultados más bajos * Está satisfecho con resultados rápidos * Orientado a corto plazo * Cede con facilidad 	<ul style="list-style-type: none"> * Cuestiones que no se consideran importantes * Decisiones rápidas. * Romper negociaciones atoradas * Reiniciar discusiones

FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LOS DIFERENTES ESTILOS DE NEGOCIACIÓN			
	FUERZA	DEBILIDAD	MEJOR PARA
COMPETIDOR	<ul style="list-style-type: none"> * Es un tomador de riesgo. * Se preocupa por necesidades propias. * Controla discusiones * Es persuasivo / persistente * Le gusta la presión 	<ul style="list-style-type: none"> * No está interesado en la otra parte * Orientado mayormente a * No está dispuesto a cambiar de posición * Es un mal escucha * Da lugar a frecuentes rupturas 	<ul style="list-style-type: none"> * Decisiones rápidas * Mercados competitivos * Cuando se utilizan estilos similares * Corto plazo
SOLUCIONADOR DE PROBLEMAS	<ul style="list-style-type: none"> * Comparte información. * Crea valor * Orientado a ganar-ganar * Busca tratos ganar-ganar * Desarrolla opciones * Tiene buenas habilidades auditivas * Hace muchas preguntas 	<ul style="list-style-type: none"> * Hace toma de decisiones lentas * Pasa por alto detalles * A veces puede ser poco realista * Toma tiempo * Requiere amplia preparación 	<ul style="list-style-type: none"> * Tratos de largo plazo * Negocios repetidos * Negociaciones complejas * Tratos importantes

Figura 2. Perfiles de Negociadores de acuerdo al perfil cultural CELLIH y JAIN

5. EL MODELO DE HOFSTEDE

Sin duda alguna el profesor GEERT HOFSTEDE (2001) y su equipo de investigadores son los que más han desarrollado el tema de la perspectiva cultural en los negocios. Resolviendo la problemática presentada en la empresa IBM, HOFSTEDE propuso una herramienta que permite que los ejecutivos puedan establecer procesos de adaptación cultural rápidos y relativamente eficientes. La propuesta de HOFSTEDE involucra seis dimensiones, mismas que definen el perfil cultural del negociador.

Cada una de las dimensiones cuenta su vez con varios incisos y puntos específicos que definen la forma de actuar de una cultura en ese parámetro específico. Se mencionan en el presente capítulo únicamente las generalidades de cada una de estas dimensiones.

5.1. Dimensión del poder

En términos generales esta dimensión describe qué tan importante es el poder para una cultura. Específicamente nos deja ver no solamente que existen las diferencias de poder sino que las mismas son aceptadas voluntariamente y que la forma de trabajo se apeg a estas diferencias de poder. El índice del poder también refleja, por citar un ejemplo, la importancia que una cultura determinada le da al hecho de que la persona con la que está negociando sea de menor rango o que sea de igual rango. Para culturas opuestas en este parámetro, aquella que tenga el índice de poder alto esperará que el ejecutivo que sea su contraparte tenga al menos el mismo rango. En caso de que no sea así esto pudiera causar un sentimiento de que a la otra parte no le importa la negociación.

5.2. Dimensión de individualismo/colectivismo

El individualismo/colectivismo nos deja ver si una cultura determinada funciona en forma individualista o en forma colectivista. Este índice capta especial interés cuando se integran equipos de trabajo y de negociación con miembros de grupos culturales opuestos. Resulta especialmente complejo operar en forma efectiva un equipo de trabajo con personas provenientes de culturas con diversidad en este índice particular, algunos colectivistas y otros individualistas.

En un proceso de negociación donde ambas partes pertenecen a los extremos opuestos de este índice, debe considerarse que el lenguaje que se usa para hacer ver los beneficios de encontrar un acuerdo común para una parte será analizado desde la perspectiva colectiva y para la otra desde la perspectiva individual, ya que una parte buscará el consenso y la otra buscará la decisión por parte del líder del grupo.

5.3. Dimensión de masculinidad

Erróneamente pensamos que este índice refleja exclusivamente el papel que juega la mujer en los procesos de negocio de esa cultura y, aún y cuando sí está implícito en esta dimensión, los elementos distintivos que aporta el conocer la dimensión de masculinidad son muchos más.

Uno de los varios elementos que incluye esta dimensión nos habla del valor de los símbolos, distinguiendo las culturas por la importancia que le dan a los símbolos económicos, sociales, jerárquicos y de otras índoles.

5.4. Dimensión de resistencia a la incertidumbre

La actitud frente a la incertidumbre muestra en qué medida una sociedad se siente amenazada por las situaciones que no le son familiares y que más bien son ambiguas. Este tipo de culturas con una alta resistencia a la incertidumbre requiere que todos los elementos del proceso de negociación estén completamente claros y visualizan la especificidad de cada uno de ellos. Son culturas que requieren reglas muy estrictas y abundantes y que por lo tanto requieren contratos con un gran número de cláusulas, con la intención de no dejar absolutamente nada fuera de las mismas. Una cultura con baja resistencia a la incertidumbre por el contrario opta por contratos cortos y cláusulas generales que puedan abarcar varios aspectos al mismo tiempo.

5.5. Dimensión de pragmatismo

Esta dimensión se mueve desde el índice normativo hasta el pragmático. Describe cómo las personas, tanto en el pasado como en el presente, se relaciona con el hecho de que mucho de lo que sucede a nuestro alrededor no puede ser explicado. Implícita en esta dimensión está la visión que tiene la cultura determinada hacia el arreglo que espera en una negociación. Una cultura normativa esperará un resultado claro preciso y en la medida de lo posible medible. Una sociedad pragmática estará mucho más interesada en los resultados abiertos y, en forma muy especial, en la relación y la forma en que ambas partes culminan el proceso de negociación.

refleja que los elementos que estuvieron presente y que fueron empleados por los negociadores, los ayudaron a establecer primeramente, una comunicación efectiva, para posteriormente realizar un intercambio de información que permitió a su vez comenzar a generar, establecer y descubrir formas de plantear posiciones e intereses comunes. Los cuales, culminaron en un resultado que puede reflejar acuerdos parciales y definitivos o la solución a un conflicto que afectaba a las partes involucradas.

Los conflictos son el resultado del establecimiento de necesidades e intereses diversos de las partes en los procesos de negociación los cuales en muchos de los caso se perciben o se comprenden de manera errónea. Los conflictos igualmente ocurren cuando las partes luchan por una misma meta o cuando las partes aspiran a resultados muy distintos. Sin tomar en cuenta la causa del conflicto, una negociación desempeña una función importante para resolverlo con eficacia. (LEWICKI, SAUNDERS & BARRY, 2012, p. 163)

Una negociación, independientemente de su naturaleza y estructura debe buscar la calidad y certidumbre. Por lo tanto cualquier método de negociación puede ser juzgado objetivamente por tres criterios: debe llegar a un acuerdo sensato, si es que el convenio es posible. Debe ser eficiente, debe mejorar o, al menos, no dañar la relación entre las partes. Un acuerdo sensato puede definirse como un trato que satisfaga lo más posible los intereses legítimos de cada parte, que resuelva intereses conflictivos, que sea duradero y que tome en cuenta los intereses comunes (FISHER, URY & PATTON, 2003, p. 4)

Respecto a este tema es trascendente mencionar que el hecho de que un negociador que pertenezca a un país en específico, no es una cuestión que pueda afectar en un alto porcentaje en los resultados de los procesos de negociación, ya que si el negociador pertenece a un país determinado, pero cuenta con una formación académica de otro país distinto al de su origen creemos que puede estar mayormente influenciado de la cultura en la cual adquirió dicho conocimiento que del lugar donde nació; y probablemente se desarrolló en algunos años de su vida o podría presentarse la situación de tomar un porcentaje de ambas situaciones.

Retomando la importancia que tiene el aspecto cultural en los procesos de negociación, es necesario, analizar cada una de las aristas de este concepto y el impacto en los resultados de las negociaciones efectuadas por negociadores pertenecientes a distintas culturas, situaciones geográficas e idiomas. Estas diferencias existentes de manera indudable afectan en la percepción de los negociadores y su contraparte.

A continuación citamos un comparativo con algunas de las características y aspectos culturales que forman parte de negociadores de culturas occidentales y orientales para tener una idea de cómo difieren entre ellas.

Tabla 1. <i>Valor Cultural en los procesos de negociación de negocios internacionales</i>	
Proceso de Negocios Internacionales	Impacto de las Culturas
Objetivo	Los negociadores Thais, chinos y japoneses valoran las relaciones a largo tiempo. Los negociadores occidentales prefieren los contratos escritos.
Protocolo	El grado de formalidad en las negociaciones puede variar de cultura a cultura. Los Thais valoran la etiqueta, y las maneras respetuosas. Los ingleses y alemanes son muy formales y altamente preocupados con un apropiado protocolo.
Comunicación	Los Thais tienden a hablar suavemente y no utilizan gesticulaciones y prefieren un lenguaje indirecto. Los americanos son directos y prefieren realizar una presentación directa con un mínimo de juego en la negociación.
Tiempo	Los americanos son muy sensibles en el aspecto del tiempo. Ellos lo visualizan como un recurso limitado que no debe de perderse. Los japoneses lo consideran como algo de larga duración, para pasar el tiempo conociendo a la contraparte. Los Thais tienen una actitud muy relajada con el tiempo y los horarios.
Tendencia al Riesgo	Los japoneses prefieren situaciones previsibles, ser estrictos con las reglas. Los thais son más flexibles con las reglas y aceptan cambios.

Tabla 1. *Valor Cultural en los procesos de negociación de negocios internacionales*

Proceso de Negocios Internacionales	Impacto de las Culturas
Grupos vs Individuos	En la toma de decisiones, las culturas orientadas a la colectividad tienen mayor énfasis y prioridad del trabajo en grupo. Un individuo orientado en una cultura individualista es mayormente independiente y asertivo. La cultura Thai está orientada al grupo, pero las decisiones jerárquicas son realizadas por la alta gerencia. Los negociadores japoneses dependen del consenso.
Naturaleza de los acuerdos	Los Thais respetan los contratos, pero el compromiso personal tiene mayor valor. Los alemanes son detalladamente orientados y prefieren las estipulaciones específicas.

Nota: Elaborado por: BRETT, HEDON, LEWICKI, SALACUSE & WEISS.
Adaptado de *Navigating the Rough Seas of Global Business Negotiation: Reflection on Cross-Cultural Issues and Some Corporate Experiences* por A.N. SARKAR, 2010, *International Journal of Business Insights & Transformation*.

Dentro de la experiencia que un negociador puede adquirir durante los distintos procesos de negociación en los cuales ha formado parte, podemos decir que sería casi imposible que el propio negociador genere un formato estandarizado o un manual de operación de cómo abordar de igual manera todos los procesos de negociación y esto se vuelve aún más complejo si las partes en cada proceso pertenecen a distintas culturas.

Para contrarrestar la no uniformidad de los procesos y formas de negociación con contrapartes pertenecientes a distintas culturas SALACUSE (2003) nos presenta una relación de los factores que influyen en los procesos de negociación y como operan o reaccionan ante este tipo de factores.

Al respecto tendremos que dentro de los factores que se mencionan y forman parte de la lista los siguientes son: 1. Objetivos de negociación (¿contrato o relación?); 2. Actitudes ante el proceso de negociación (¿ganancia/ganancia o ganancia/pérdida?); 3. Estilos personales (¿for-

mal o informal?); 4. Estilos de comunicación (¿directo o indirecto?); 5. Sensibilidad al tiempo (alto o bajo?); 6. Sentimentalismo (¿alto o bajo?); 7. Forma de acuerdo (¿específico o general?); 8. Proceso de construcción de acuerdo (¿abajo hacia arriba o arriba hacia abajo?); 9. Organización del equipo de negociación (¿líder o consenso?); y 10. Toma de riesgos (¿alto o bajo?). (p. 360)

El propósito de enumerar estos factores tendría como objetivo que aquellos que dentro de su actividad están a cargo de procesos de negociación internacional puedan entender cuáles son las distintas circunstancias y escenarios que pudiesen enfrentar y de alguna manera compararlos y empatarlos con estilos de negociación propios y poder determinar el tipo estrategias utilizables tanto por ellos como su contraparte. SALACUSE (2003) también diseñó una matriz (encuesta) para entender algunos estilos de negociación a nivel internacional el cual fue aplicado a más de 310 ejecutivos de negocios, abogados y estudiantes de posgrados (muchos de los cuales tenían sustancial experiencia laboral) de varios sitios en Norte y Latino América, así como en Europa durante un periodo de 4 años. En el cuestionario se les solicitó a los encuestados que indicaran su nacionalidad, experiencia profesional o laboral y género. En el caso de doble nacionalidad, los encuestados debían seleccionar la nacionalidad con la que ellos se sintieran un mayor arraigo cultural. Las nacionalidades y el número de encuestados en cada grupo fueron los siguientes: E.U. (41); Reino Unido (17); Francia (10); Alemania (11); España (19); México (12); Argentina (26); Brasil (9); Nigeria (15); India (9); China (11); y Japón (11).

Ya que la experiencia profesional y laboral también constituye un tipo de subcultura que puede influir en el estilo de negociación, los datos de la encuesta también examinaron correlaciones entre experiencia laboral y respuestas con respecto a los 10 factores de negociación. Así 301 respuestas fueron examinadas con respecto a la ocupación, y ellas fueron organizadas en 8 grupos ocupacionales. Los grupos y el número de personas en cada uno fueron los siguientes: Derecho (103); administración y comercial (59); ingeniería (31); militar (5); contabilidad y finanzas (21); diplomacia y servicio público. (p. 360)

Aspectos Socio Culturales que Influyen en los Procesos de Negociación

Por razones obvias y del establecimiento de relaciones diplomática, comercial, académicas, culturales y de otros tipo de intereses existentes entre los países estaremos citando de manera más enfática los resultados que se obtuvieron del estudio de negociadores y diversos profesionistas de México, Estados Unidos y de algunos otros países con el cual existe una mayor relación de nuestro país y en base a estos resultados que arrojan estos comparativos tener un mejor entendimiento del porqué de ciertas actitudes y comportamientos de los negociadores y profesionistas mexicanos y su relación con negociadores de los países con los cuales entablamos procesos de negociación internacionales de manera constante.

Tabla 2. Objetivo de la Negociación: ¿Contrato o Relación?

Contrato	Japón	China	Argentina	Francia	India	EUA	Reino Unido	México	Alemania	Brasil	España
%	100	82	81	80	78	71	59	50	55	44	33

Tabla 3. Objetivo de la negociación por ocupación: ¿Contrato o relación?

Contrato	Abogados	Militares	Ingenieros	Diplomáticos/ Sector Público	Estudiantes	Contadores y Fi- nancieros	Profesores	Gerentes y Mer- cadólogos
%	100	82	81	80	78	71	59	50

Tabla 4. Actitud en la negociación : Ganar-Ganar, Ganar-Perder

Ganar-Ganar	Japón	China	Argentina	Francia	India	EUA	Reino Unido	México	Alemania	Brasil	España
%	100	82	81	80	78	71	59	50	55	44	33

Tabla 5. Actitud en la negociación por ocupación: Ganar-Ganar, Ganar-Perder

Ganar –Ganar	Diplomáticos/ Sector Público	Gerentes y Merca- dólogos	Contadores y Financieros	Profesores	Ingenieros	Estudiantes	Abogados	Militares
%	86	81	76	71	71	43	42	40

Tabla 6. Estilo Personal: ¿Formal o Informal?

Formal	España	China	México	Reino Unido	Argentina	Alemania	Japón	India	Brasil	Francia	E.U.A.
%	47	46	81	35	35	27	27	22	22	20	17

Tabla 7. Estilo Personal y ocupación: ¿Formal o Informal?

Formal	Estudiantes	Abogados	Contadores y Fi- nancieros	Profesores	Diplomáticos/ Sector Público	Militares	Gerentes y Mer- cadólogos	Ingenieros
%	42	40	38	29	21	20	19	16

Tabla 8. Estilo de Comunicación: ¿Directo o indirecto?

Indirecto	Japón	Francia	China	Reino Unido	Brasil	India	Alemania	E.U.A	Argentina	México	España
%	27	20	18	12	11	11	9	5	4	0	0

Aspectos Socio Culturales que Influyen en los Procesos de Negociación

Tabla 9. Percepción del tiempo

Bajo	India	Francia	Alemania	México	España	Argentina	EUA	Japón	China	Reino Unido	Brasil
%	44	40	36	33	21	15	15	9	9	6	0

Tabla 10. Emotividad: ¿Alto o Bajo?

Alto	Brasil	Argentina	México	España	China	EUA	Francia	India	Japón	Reino Unido	Alemania
%	89	85	83	79	73	74	60	56	55	47	36

Tabla 11. Forma de Acuerdo: ¿General o específico?

General	Japón	Alemania	India	Francia	China	Argentina	Brasil	EUA	México	España	Reino Unido
%	46	45	44	30	27	27	22	22	17	16	11

Tabla 12. Ocupación y forma de Acuerdo: ¿General o específico?

Específico	Militares	Estudiantes	Contadores y Financieros	Abogados	Ingenieros	Profesores	Diplomáticos/ Sector Público	Gerentes y Mercadólogos
%	100	92	86	84	74	71	64	16

Tabla 13. Toma de Riesgo: ¿Alto o Bajo?

Alto	Francia	India	Reino Unido	China	EUA	Argentina	Alemania	Brasil	México	España	Japón
%	90	89	88	82	78	73	72	56	50	47	11

Tabla 14. Ocupación y Toma de Riesgo: ¿Alto o Bajo?

Específico	Militares	Contadores y Financieros	Ingenieros	Gerentes y Mercadólogos	Estudiantes	Profesores	Abogados	Diplomáticos/Sector Público
%	100	81	77	75	74	72	64	16

Nota: Adaptado de J.W. SALACUSE (2003) *Intercultural negotiation in international business*. En Roy. LEWICKI, DAVID M. SAUNDERS, JOHN W. MINTON & BRUCE BARRY, *Negotiation: Readings, exercises, and cases* (pp. 355-353). New York: McGraw-Hill.

Los hallazgos de las tablas de resultados de los distintos factores que impactan en los procesos de negociación nos muestran como de manera definitiva la cultura impacta en los resultados de las negociaciones y nos ofrece información referenciada que valdría tomar en cuenta en relación con poder determinar cuáles son las tendencias de los comportamientos de negociadores pertenecientes a diversos países, culturas y perfiles profesionales e inclusive de académicos que estudian dichos fenómenos sociales. Cabe señalar nuevamente que la comunicación entre los negociadores será un elemento primordial para poder realizar un proceso fluido a través del conocimiento de la terminología aplicable a procesos de negociación.

Para lo cual KREMENYUK (2002) menciona que la cultura y la comunicación representan dos elementos los cuales son particularmente importantes en las negociaciones internacionales para lo cual establece que la cultura puede ser considerada como el asunto central en las negociaciones internacionales. Así mismo establece que la comunicación es el medio por el cual los negociadores verbales o no verbalmen-

te envían y reciben mensajes relacionados con el proceso esto incluye intercambio de información (incluyendo interpretaciones, divulgación, distorsión y declaraciones de las intenciones de los actores) tácticas de influencia y argumentación (diseñadas para cambiar la percepción del oponente); y la utilización de señales, mensajes, y actitudes que establecen la relación. (p. 48)

La comunicación en todos los aspectos de la vida son importantes y es la forma en la cual hacemos del conocimiento de los demás nuestros intereses, necesidades, posiciones, planes y formas de conseguir nuestros objetivos; pero esto se realiza, en menor tiempo y de la manera deseada cuando la comunicación se considera efectiva y es entendida en un mismo sentido. La comunicación se torna compleja cuando existen factores diversos que pueden afectar dicha comunicación y aunado a lo anterior cuando la comunicación se realiza en otro idioma distinto al que las partes que forman parte. Es por tal motivo que es importante dentro de los procesos de negociación decidir por mutuo acuerdo cual será el lenguaje que será utilizado o convenir la intervención de algún traductor o traductores que lleve el mensaje correcto para ambas partes y de esta manera poder consensar acuerdos.

Al respecto tenemos también la definición que LEWICKI, et al. (2012) ofrecen al señalar que *La comunicación en la negociación reducida a su esencia, es una forma de comunicación interpersonal. Los procesos de comunicación verbal y no verbal, son fundamentales para lograr las metas de una negociación y resolver conflictos.* (p. 147)

3. LA INFORMACIÓN COMO UN ELEMENTO QUE SIRVE PARA ESTABLECER ESTRATEGIAS DE NEGOCIACIÓN

La información es un elemento que juega un papel significativo en los procesos de negociación ya que es la materia prima que permite alimentar la preparación que se hace de la estrategia a implementar en el proceso de negociación con la cual cuentan los negociadores la misma podría definir el rumbo o la tendencia de cómo se conducirá la negociación entre las partes. La información puede ser obtenida antes y durante el proceso de negociación.

Teniendo en consideración la recopilación de información que el negociador obtenga antes del proceso de negociación ésta será una forma en la cual el negociador y su equipo en su caso podrán prever, establecer o diseñar los distintos escenarios que pudiesen presentarse en las negociaciones. A su vez es igualmente importante aquella información que fluye y es obtenida de forma voluntaria o involuntaria por los negociadores iniciados los procesos de negociación.

Toda aquella información que se genera durante el transcurso que dure la negociación le será de mucha utilidad a los negociadores y aún más cuando este encuentro sea da por primera vez entre las partes. Es entonces donde la información obtenida sirve para conocerse tanto en sus estilos, formas de comunicación, interese y posiciones y les permitirá confirmar algunos de los datos obtenido previamente así como para despejar dudas que se pudieran haber generado por el desconocimiento de la contraparte.

En el caso de negociaciones internacionales es importante conocer información estratégica que permita a los negociadores examinar los alcances de los compromisos, el tipo cultural que prevalece o que existe en los lugares o con las personas que pretenden concretar acuerdos, el tipo de legislación que será seleccionada para legitimar y establecer los acuerdos, así como las autoridades que van a conocer de los acuerdos llegados para cual tenemos que los negociadores necesitan información sobre las tendencias que a ellos les gustaría encontrar al negociar en un determinado país y porque una creciente estructura de negociadores conducen sus negocios en distintos o inclusive en una amplia variedad de países, para lo cual también necesitan acceso a una sistemática comparación de tendencias a través de un amplio rango de países (METCALF & BIRD, 2007, p. 148)

4. LA RELACIÓN EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL

En base a las diferencias culturales que existen entre los negociadores debemos agregar el hecho de que existen negociadores que les interesa conocer a su contraparte un poco más de los asuntos materia del proceso de negociación a fin de establecer, una relación que les permita crear un vínculo, para hacer más eficientes las negociaciones posteriores lo

que tendrá como resultado el poder invertir menos tiempo en conocer el entorno de su contraparte para posteriormente tratar los asuntos objeto de la negociación de manera más directa.

Por otro lado existen aquellos negociadores que el valor del tiempo aplicado a una negociación es muy importante y que por ende su prioridad es eficientar y establecer acuerdo en el mínimo del tiempo y con resultados favorables a su causa sin importarles realmente el hecho de conservar una relación y como quedo parada al final del día su contraparte para posteriores negociaciones. Acorde a lo manifestado tenemos que una forma importante en que el contexto afecta a una negociación es que las personas participan en relaciones tienen un pasado un presente y un futuro. Existen tres reglas importantes para negociar una relación:

- No se apresure a negociar. Dedique un buen tiempo para conocer a la contraparte, visitarla, conocerla y pasar tiempo con ella. Este proceso mejora la recopilación de la información y desarrolla una relación en la que haya confianza, se comparta información y permita pláticas productivas. En particular los ejecutivos estadounidenses tienden a apresurarse para hacer un negocio, lo cual pone en riesgo esta etapa fundamental para desarrollar una relación.
- Reconozca como una negociación continua un acuerdo de negocios a largo plazo. El cambio y la incertidumbre son constantes en todo acuerdo de negocios. Las discusiones no concluyen cuando se firman el contrato, tiempo durante el cual a menudo tienen que reunirse para sortear problemas y renegociar partes específicas del acuerdo.
- Considerar una mediación o una conciliación. Por último, piense en las funciones útiles que pueden desempeñar los terceros. Un tercero puede ayudar a vigilar el acuerdo, zanjar desacuerdos sobre las relaciones de un contrato y asegurar que el acuerdo no se estropee porque las partes no pueden resolver las diferencias en su interpretación o ejecución (LEWICKI et al. 2012, p. 214).

Dentro del estudio de las culturas se presentan formas denominadas colectivistas e individualistas las mismas con características que las

diferencian unas de otras y que son representativas y distintivas entre un país y otro.

Las dimensiones individualista / colectivista describen el grado en el cual la sociedad enfatiza el bienestar individual o colectivo. Las culturas individualistas promueven la realización personal de sus miembros. Los individualistas se ven a sí mismos como entidades independientes, distantes de sus grupos (TRIANDIS, 1995). En contraste la cultura colectivista enfatizan las relaciones inclusive si ellos se encuentran en desventaja (KIM et al., 1994; TRIANDIS, 1995) (HEYDENFELDT, 2000, p. 385)

Los conceptos de culturas individualistas y colectivistas no son situaciones aplicables únicamente al desarrollo de relaciones solamente de país a país, estos conceptos son aplicables igualmente de manera doméstica al interior de cada país es decir dentro de cada una de las comunidades que conforman un Estado nación. HEYDENFELDT en relación a lo anterior menciona que de cualquier manera en cada cultura existe una distribución de ambos tipos. Culturas individualistas y colectivistas también pueden variar de otras de manera tal que las culturas en términos horizontales (todos pueden ser lo mismo) o en términos verticales (la inequidad es aceptable y nivela su privilegio). Los Estados Unidos de Norte América es primordialmente una cultura individualista y horizontal y México es de cierto modo una cultura colectivista vertical. Es por lo tanto mejor observar la cultura como una compleja estructura multidimensional en lugar de una simple variable categórica (SCHWARTZ; 1994). (2000, p. 386)

Debemos señalar que para la cultura mexicana es muy importante el establecimiento de relaciones a largo plazo y fortalecerlas de manera constante cada vez que se presente la oportunidad de negociar con la misma persona o representante de gobiernos o entidades privadas. Esto en relación con lo antes mencionado del de cultura colectiva y vertical de la que hablaba SCHWARTZ.

Los mexicanos piensan que es necesario establecer buenas relaciones en el orden de realizar buenas decisiones de negocios (ADLER 1991; WEISS & STRIP, 1984). En parte, esto está relacionado a su orientación

hacia el tiempo pasado y el futuro. Los mexicanos esperan lidiar con problemas futuros dentro de un marco de la relación que anteriormente se preestableció. La gente de negocios estadounidense más secuencialmente anticipa problemas futuros y tratan de trabajar en los detalles dentro del tiempo que dura la negociación o cuando surge un asunto durante la misma, comienzan la discusión como un asunto aparte (TROMPENAARS, 1993, pp. 118-119). (HEYDENFELDT, 2000, p. 386).

La creciente atención está siendo puesta en el impacto de la cultura nacional y en los resultados de la negociación. El Trabajo por BRETT y OKUMURA (1998) demostraba que las diferencias culturales entre E.U. y Japón (con relación a la negociación intercultural) limitan a los negociadores en la generación de las ganancias conjuntas. Ellos lo atribuyen al efecto amortiguador de estas diferencias para el menor entendimiento de las prioridades de las contrapartes y el menor entendimiento de las utilidades del tema de compatibilidad, aun cuando la información de fomentar este entendimiento esté disponible. (TEESEN & DOH, 2002, p. 754)

Tabla 12. *El índice cultural para E.U y los principales países latinos*

	Distancia del Poder	Evitar Incertidumbre	Individualismo	Masculinidad
E.U.	40	46	91	62
México	81	82	38	69
Canadá	39	48	80	52
Argentina	49	86	46	56
Brasil	69	76	38	49
Colombia	67	80	13	64
Perú	64	87	16	42
Venezuela	81	76	12	73
España	57	86	51	42
Portugal	63	104	27	31

Nota: Elaborado por HOFSTEDE (1980). Adaptado de *U.S.-Mexican Alliance Negotiations: Impact of cultura on Authority, trust, and performance* por HILLY J. TEESEN & JONATHAN P. DOH, 2002, *Thunderbird International Business review*.

Con el sustento de los estudios que se han citado anteriormente en el presente trabajo podemos mencionar que la cultura mexicana está caracterizada por desarrollar y construir relaciones a largo plazo, que les permitan, de alguna manera, tener una certeza o certidumbre que en el proceso mismo de negociación y en posteriores. Con esto se pretende que los resultados de dichos procesos sean más justos para las partes participantes en las negociaciones y fortalecer las relaciones que permitan allanar el camino para futuras negociaciones.

Por otro lado, podemos mencionar que las negociaciones realizadas por los norteamericanos, se inclinan de mayor forma a un estilo de negociación de tipo individualista y competitivo en el que lo único importante es lo que se está negociando en ese momento, sin existir realmente una preocupación por establecer relaciones a largo plazo (cabe aclarar que no es en todos los casos) Es por eso importante para este tipo de negociadores, iniciar y comenzar el proceso de negociación lo más pronto posible ya que le otorgan un valor muy importante al tiempo invertido y en la ganancia que se puedan obtener dentro del proceso de negociación.

México muestra niveles más altos de la distancia del poder y el control de la incertidumbre, y niveles más bajos en el individualismo, reflejando que México tiene una mayor orientación a la cultura colectivista. Como un número de investigadores han argumentado, México es un entorno de negocios donde el mantenimiento de la relación es sumamente considerado (SCHUSTER & COPELAND, 1996), una observación reflejada en los niveles relativamente bajos del individualismo en México y un nivel alto en el control de la incertidumbre. Esto en particular contrasta con los EE.UU, donde los temas de relación están minimizados, esto se refleja en el alto nivel de individualismo y los bajos niveles de la distancia del poder y el control de la incertidumbre. En adición a lo anterior, la historia sociopolítica de las relaciones EE.UU-México se han caracterizado por conflictos, desconfianza, y dominación de poder los cuales, pueden agravar algunas de las precepciones y diferencias entre los administradores de EE.UU y México en su intento de formar asociaciones de negocios. Los conceptos de autoridad y confianza en la literatura de negocios, sugiere como estos importantes elementos de la alianza de negociación son más probables a ser percibidos por los administradores latinoamericanos. (TEEGEN & DOH, 2002, pp. 754 -755)

Dentro de la arena de las negociaciones internacionales existen aspectos que juegan un papel importante en el desarrollo de las mismas los cuales son aplicados y desarrollados por los propios negociadores y que se vinculan a cuestiones psicológicas propias del negociador o que da laguna manera buscan influir en la psicología de la contraparte.

El proceso de negociación está descrito frecuentemente como un proceso de intercambio, o división de recursos (PRUITT, 2002). Es útil pensar en el proceso de negociación como un conector de secuencias consecuentes de tareas primordiales fundamentales para alcanzar los logros (ZARTMAN, 2003; WATKINS & ROSEGRANT, 2001): Diagnosticar la estructura (arquitectura de toda la situación: partes, identificar y negociar el problema que quieren acordar, la interdependencia de los asuntos, la dimensión interpersonal del proceso de negociación), identificar barreras para los acuerdos, manejo del conflicto y construir el momentum. (AQUILERA & GALLUCIO, 2010, p. 7)

Como parte de las derivaciones que genera la disciplina o el arte de la negociación se encuentran igualmente la existencia de los denominados métodos alternos de solución de conflictos o de controversias así por ejemplo tenemos a la mediación, la conciliación, el arbitraje. En consecuencia todos ellos cuentan con un común denominador al cual aspiran todos los que participan en los procesos de los métodos antes mencionados que es el poder continuar perseverando y desarrollan las relaciones que por alguna causa se trastocaron o fueron suspendidas y de la cual gozaban previo al nacimiento del conflicto o con quienes por primera vez establecen una relación de tipo ya sea política, comercial o de otro tipo.

Las relaciones personales crean un grado de confianza y de apertura entre los negociadores lo cual origina una disminución en la ansiedad y facilita la comunicación (PRUITT, 2002). La capacidad de manejar una serie de conflictos potenciales o percibirlos que se concentran en el problema y no en la persona se convierte en parte de los mejores de sus mejores recursos que el negociador cuenta para preservar el trabajo de la relación (FISHER, URY, & PATTON, 1991). El proceso de negociación depende del grado de complejidad de la negociación, el trato personal o individual puede ser decisivo en la construcción de manera favorable o

no del desarrollo de la percepción de la relación de confianza entre las partes involucradas (AQUILERA & GALLUCIO, 2010, p. 9).

El proceso de negociación por todo lo que envuelve desde su preparación, del estilo aplicable e implementado al proceso de negociación, además de las estrategias, objetivos a cumplir, la delimitación de los puntos de resistencia así como el entorno y el lugar en donde se llevará a cabo el proceso se vuelve una preocupación y de alguna manera crea una presión ya que de la misma se espera obtener el mayor y mejor de los resultados que dentro de dichos resultados pueden estar varias cosas en juego tanto en lo personal para el negociador así como para quien represente si ese fuere el caso.

El proceso de negociación para muchas personas puede ser el aspecto más estresante de una relación. Lo que ocurra durante el proceso puede tener mayor impacto en el largo tiempo de la relación que se establezca. Por lo tanto es importante siempre mirar hacia adelante y no enfocarse solamente en la negociación actual, pero también tomar en cuenta interacciones futuras (AQUILERA & GALLUCIO, 2010, p. 9).

Los problemas que se generan dentro de los procesos de negociación pueden ser diversos y dependiendo de la naturaleza de la relaciones que se crean, se fortalecen, o se deterioran a raíz de algún tipo de conflicto que se suscitan ya sea por cuestiones políticas o diplomáticas las cuales pueden ser muy distintas de las que se generan por procesos de negociación comerciales. Cabe mencionar que en algún momento de la negociación pudiesen tener relación un tema político y otro comercial, ya que como sabemos, las relaciones diplomáticas pueden generar como resultado acuerdos o procesos de negociación relacionados con el ámbito comercial que en realidad en muchos de los casos son de esa forma como se concretan las negociaciones comerciales.

5. NEGOCIACIÓN POLÍTICA Y DIPLOMÁTICA

En el accionar continuo de los países como en el resto de actividad humana y de las instituciones que representan al propio Estado a nivel nacional e internacional, siempre existirá la posibilidad de generar procesos de negociación, los cuales, tiene como uno de sus principales

tareas el establecimiento y creación de las condiciones propicias encaminadas al beneficio tanto individuos como instituciones y de esta manera crear un marco armónico entre el gobierno y gobernados y entre los estados nación entre sí. Un instrumento o herramientas para lograr estos objetivos y consensos de tipo nacional e internacional es la utilización de las negociaciones de tipo políticas o diplomáticas que impacten en las relaciones del estado con distintos entes ya sean particulares e institucionales.

HERNÁNDEZ (2007) opina que en el nivel teórico y desde la Ciencia Política, los modelos de negociación permiten describir, interpretar y analizar diversos procesos de negociación los cuales son: política, social, diplomática o comercial, con el propósito de dilucidar las diferentes percepciones y el poder relativos de los diferentes actores, tanto nacionales como internacionales que intervienen en un proceso de negociación (p. 88).

Los procesos de negociación a nivel diplomático desde nuestra perspectiva se establecen en una forma en la cual los Estados nación involucrados a través de sus representantes establecerán de manera primaria una comunicación de forma pudiéramos llamar casi informal y de esta forma tener la posibilidad de manifestar la intención de establecer posteriormente reuniones formales con el objetivo de diseñar agendas en las cuales se conozcan sus posiciones, intereses y objetivos de manera formal.

La negociación verbal sigue siendo la forma clásica y la más usual en el trato diplomático, el cual muchas veces se resiste a las comprometedoras formas escritas. Existe otro significado de la expresión estilo diplomático o lenguaje diplomático. El conjunto de expresiones convencionales que se utilizan en los documentos y conversaciones en diplomacia y que constituyen la forma serena y cortés en que los agentes manifiestan entre ellos o al gobierno receptor, sus posiciones ante determinadas cuestiones (PÉREZ DE CUÉLLAR, 2003, p. 145).

Conviene subrayar que una actividad indefectible que deberán realizar todos aquellos que participen dentro de los procesos de negociaciones de tipo diplomáticas, es el de conocer, la cultura, el idioma e idio-

sincrasia de los países con los cuales se pretenden establecer relaciones o instalar representantes ante esos países. Esto con el fin de facilitar los procesos de negociación y ser mayormente efectivos en la creación de acuerdos, alianzas, convenios, tratados o solucionar conflictos ya que el conocimiento previo de los aspectos antes mencionados permitirá sensibilizar y entender las necesidades e intereses de la contraparte. Con respecto a lo anterior *conviene, sin embargo que el negociador conozca el idioma de la otra parte y los agentes diplomáticos el del país en que están acreditados, no sólo por cortesía sino para un mejor desempeño de su función* (PÉREZ DE CUÉLLAR, 2003, p. 151).

De manera inminente al estudiar la negociación desde el punto de vista político y diplomático estaremos hablando de su relación con el poder político ya que el poder se convierte en un elemento influyente dentro de los procesos de negociación en los casos a nivel nacional e internacional. WALTZ (2005) define al poder como una relación social antes que como una posesión material: un agente ejerce poder en la medida en que induce a otro a comportarse según sus requerimientos, algo que este último no haría de no mediar ese proceso de inducción proceso en el que, a su vez, se pueden emplear como medios el ofrecimiento de una recompensa, la amenaza de una sanción, el ejercicio de la persuasión, o laguna combinación de los mismos (p. 17).

Existen negociadores internacionales que de alguna manera ya cuentan con un poder implícito desde antes de iniciar las negociaciones ya que los mismos representan a países con un poderío económico y político frente a los demás. Esto no quiere decir que la contraparte que represente a un país que en teoría cuenta con un menor grado de influencia o poderío económico y político no pueda adquirir este poder iniciado el proceso de negociación, ya que el participar en un proceso de negociación es porque existen y están disponibles intereses por ambas partes ya sea para generar acuerdos o para solucionar conflictos.

Entonces pues cada negociador buscará dar valor a sus posiciones o intereses y es aquí donde el poder en el proceso de negociación podría verse nivelado o en su defecto adquirir un mayor poderío el negociador que representaba aquel país que en un inicio pudo haberse mostrado con una menor influencia o poderío.

Por poder nos referimos a las capacidades que adquieren los negociadores para obtener una ventaja o aumentar la probabilidad de lograr objetivos. Todos los negociadores quieren poder, quieren saber lo que pueden hacer para presionar a la otra parte, convencerla para que vean las cosas a su modo, hacer que quiera lo mismo que ellos o ella, obtener algo de la otra parte o hacerla cambiar de opinión (LEWICKI et al., 2012).

Debemos entender que existen distintos elementos que forman parte de un proceso de negociación y que éstos son de suma importancia para la solución de conflictos o para generar acuerdos entre los países. Es recomendable para este tipo de situaciones y ocasiones solicitar la intervención de un tercero ya sea a través de la figura de otro país o la intervención de algún organismo internacional que permita a las partes en conflicto abrir los canales de comunicación generar, hacer ver y en su caso proponer escenarios distintos al conflicto y explorar posibles acuerdos.

Por lo tanto el poder que pudiese predominar más en un país en comparación con otro, se pudiera de alguna forma equilibrar por la intervención del denominado *tercero* el cual pueda lograr generar alternativas de soluciones a problemas entre los Estados y por ende la creación de posibles acuerdos los cuales sean en beneficio de ambas partes.

Siguiendo entonces con esta idea creemos pues que la intervención de un tercero con su investidura de negociador o mediador tendrá la encomienda de explorar las posibilidades de hacer coincidir los intereses de las partes así como determinar el momento idóneo para que las partes puedan comenzar a proponer soluciones o formas de acuerdos. De acuerdo a AQUILAR & GALLUCIO organismos internacionales como la Unión Europea, las Naciones Unidas y la Organización Mundial del Comercio sólo por mencionar algunos, cuentan con distintos grados de institucionalización en sus procesos de negociación y juegan un papel fundamental y de suma importancia sirviendo como un medio de comunicación para conectar diferentes instituciones nacionales por individuos que conforman dichas instituciones. (2010, p. 81)

6. CONCLUSIÓN

En relación con la tendencia mundial de la mayoría de los países, en los cuales la utilización de las nuevas y convencionales formas de comunicación y generación del conocimiento que cada vez más son más efectivas y dinámicas. Debemos así mismo tener en cuenta otros aspectos igual o mayormente importante tales como la implementación de modelos económicos y de negocios vanguardistas a través de los cuales se sustentan un buen porcentaje del desarrollo de las naciones, empresas y de los centros donde se genera el conocimiento.

Es así que los escenarios anteriormente descritos, nos invitan a considerar que existe la necesidad de poder adquirir y desarrollar competencias relacionadas al conocimiento del arte de la negociación y de manera específica las de tipo internacional, como resultado de la posibilidad que tenemos actualmente de poder interactuar desde un nivel básico de convivencia en el cual, personas de otros países se pueden poner de acuerdo o discrepar en algún momento pero que al final del día, tiene la capacidad de adquirir bienes y servicios y establecer relaciones comerciales de un país a otro a través de los medios tecnológicos actuales.

Considerando entonces que en los últimos años se ha intensificado el establecimiento de acuerdos y alianzas comerciales entre gobiernos, empresas nacionales y extranjeras, así como el establecimiento de éstas en distinto lugares del planeta. Dicha situación supondríamos tendría como resultado el mejoramiento de las economías de los países a los que pertenecen dichas empresas e igualmente de los países en las cuales operan las mismas.

De manera análoga debemos suponer que el crecimiento económico de los países está vinculado a la preparación del capital humano que se desempeña y desarrolla tanto en las empresas como en los organismos públicos de los estados. Pero esto no podría ser posible sin la preparación previa y el haber pasado por un proceso de enseñanza-aprendizaje que en la mayoría de los casos se da en los centros educativos entiéndase como tal las universidades.

Considerando que actualmente los países cada vez más se han interesados en los procesos de internacionalización de las universidades a

nivel mundial es que es necesario establecer proceso de negociación y acuerdos de cooperación entre las instituciones académicas y de los cuales los beneficios se reflejen en la posibilidad de que las comunidades universitarias conformadas por estudiantes y profesores, tengan la posibilidad, de conocer otras formas de trabajo y de interacción atendiendo a la oportunidad y necesidad de desarrollar un sentido de tolerancia y respeto hacia otras culturas así como a sus formas de pensamiento y de generar análisis desde las distintas perspectivas de las culturas a las que pertenecen aquellos compañeros y profesores que fueron parte de su proceso de formación. Para cuando estos estudiantes y profesores de regreso a sus lugares de origen puedan trasladar ese aprendizaje a las aulas y posteriormente en el desarrollo profesional de cada uno de ellos.

En otro orden de ideas cabe mencionar la importancia que tiene la aplicación del conocimiento del arte de la negociación, en los escenarios más complejos en los cuales están en juego intereses diversos de los países tales como la seguridad nacional e internacional y que como consecuencia de la imposibilidad de poder resolver dichos conflictos tiene como resultado en algunos de los casos inclusive la pérdida de vidas humanas.

En contraste podemos mencionar que es muy loable la intención existente de poder negociar o convenir acuerdos por parte de aquellos países que controlan o que mantienen el poder económico del mundo y que han tomado la decisión de común acuerdo de colaborar y ayudar a otros países los cuales, actualmente atraviesan por problemas económicos importantes, y que éstos, afectan las condiciones de sus poblaciones. Para lo cual el tomar la decisión de asistir a esas naciones menos favorecidas por cuestiones geográficas, de conflictos armados o de dogmas, forman parte de la responsabilidad social de los países económicamente mayormente favorecidos.

En conclusión, podemos observar que en todos y cada uno de los escenarios antes descrito está presente la necesidad y capacidad de poder negociar. Esto con el fin de obtener beneficios colectivos o individuales e igualmente, para aquellos que estén enfrente de nosotros en la mesa de negociación, aun y cuando formemos parte de culturas distintas, pero que tengamos la capacidad de cumplir con los objetivos, metas e inte-

reses de cada una las partes involucradas a través de la innovación de formas de solucionar conflictos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AQUILAR, F., & GALLUCIO, M. (2010). *Psychological processes in international negotiations: Theoretical and practical perspectives*. USA: Springer.
- FISHER, R., URY, W., & PATTON, B. (1991). *Getting to Yes: Negotiating an Agreement without Giving in*. London: Random House.
- FISHER, R., URY, W., & PATTON, B. (2003). *Obtenga el sí: El arte de negociar sin ceder* (13ª reimpresión) (M. d. FERNANDEZ, Trad.) Méxicio, México: CECSA.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., & BAPTISTA LUCIO, M. d. (2010). *Metodología de la investigación*. Perú: McGraw-Hill.
- HEYDENFELDT, J. A. (2000). The influence of individualism/colectivism on Mexican and US business negotiation. *International Journal of Intercultural Relations*, 383-407.
- KREMENYUK, V. A. (2002). *International negotiation: Analysis, approaches, issues* (2ª ed.) Jossey-Bass.
- LEWICKI, R., SAUNDERS, D., & BARRY, B. (2012). *Fundamentos de negociación*. México: McGraw-Hill.
- METCALF, L. E., BIRD, A., PETERSON, M. F., SHANKARMAHESH, M., & LITUCHY, T. R. (2007). Cultural influences in negotiations: A four country comparative analysis. *International Journal of Cross Cultural Management*, 7(2), 147-168. doi: 10.1177/1470595807079380
- METCALF, L., BIRD, A., & DEWAR, D. (2008). México and the United States: Common negotiating orientations. *Wiley InterScience*, 50 (1). doi: 101002/tie.20172
- MINTU-WIMSATT, A., & GASSENHEIMER, J. B. (2000). The moderating effects of cultural context in buyer-seller negotiation. *The Journal of Personal Selling & Sales Management*, 20 (1), 1-9.

Aspectos Socio Culturales que Influyen en los Procesos de Negociación

- PÉREZ DE CUÉLLAR, J. (2003). *Manual de derecho diplomático* (2ª ed.) Fondo de cultura económica.
- SALACUSE, J. W. (2003). Intercultural negotiation in international business. En R. J. LEWICKI, D. M. SAUNDERS, J. W. MINTON, & B. BARRY, *Negotiation: Readings, exercises, and cases* (4ª ed) 355-373. New York: McGraw-Hill.
- SALACUSE, J. W. (July of 1998). Ten ways that culture affects negotiating style: Some survey results. *Negotiation Journal*, 221-240.
- SALACUSE, J. W. (1993). *Transacciones internacionales: Los negocios en el mercado mundial*. España: Gedisa.
- SARKAR, A. (2010). Navigating the rough seas of global business negotiation: Reflection on cross-cultural issues and some corporate experiences. *International Journal of business insights & transformation*, 3, 47-61.
- TEEGEN, H. J., & DOH, J. P. (2002). U.S. Mexican alliance negotiations: Impact of culture on Authority, Trust, and performance. *Thunderbird International Business review*, 44 (6), 749-775. doi: 10.1002/tie.10045
- WALTZ, K. (2005). *El poder y las relaciones internacionales: Ensayos escogidos de Kenneth WALTZ*. (F. KAHAT KAHATT, Ed.) México: CIDE.

ACUERDOS COMERCIALES INTERNACIONALES Y CONFLICTOS SOCIALES: EL CASO DE LA "GUERRA DEL AGUA" EN BOLIVIA

CLAIRE WRIGHT¹

Universidad Autónoma de Nuevo León

HUGO SALAZAR MATA²

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. En el contexto de importantes desigualdades sociales y presiones internacionales, la resolución pacífica y democrática de conflictos es un desafío importante para muchos gobernantes, sobre todo en regímenes democráticos jóvenes o en fase de consolidación. En este capítulo se describe y se analiza la "Guerra del Agua" que se produjo en Bolivia, dado que representa un caso clave de un conflicto social suscitado por un acuerdo comercial internacional que impactó de forma negativa en la ciudadanía. A través de este estudio de caso, se demostrará cómo se puede pasar desde la represión al diálogo en la resolución de conflictos sociales y la importancia de democratizar viejos mecanismos de represión que constituyen legados de pasados autoritarios. Además, se destaca la importancia de desarrollar mecanismos de consulta, diálogo e información para la ciudadanía de cara a aquellos acuerdos comerciales internacionales que pudieran tener un impacto directo sobre su calidad de vida.

Palabras clave: conflictos sociales, acuerdos comerciales internacionales, privatizaciones, represión, diálogo, Bolivia.

- 1 Profesora Tiempo Completo, Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública de la UANL, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Candidata), Doctora en Ciencia Política de la Universidad de Salamanca (España) y líder del Cuerpo Académico *Participación Ciudadana y Democracia*. Email: elizabeth.wrightcl@uanl.edu.mx.
- 2 Estudiante de Doctorado del Programa de Filosofía con Acentuación en Ciencia Política, Facultad de Ciencias Políticas y de Administración Pública de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Key words: social conflicts, international commercial agreements, privatizations, repression, dialogue, Bolivia.

Sumario: 1. Introducción; 2. Aspectos teóricos; 2.1 El conflicto; 2.2 La protesta; 2.3 La represión; 2.4 El diálogo; 3. Conflictos sociales y régimen político en Bolivia; 3.1 1964-1982: Regímenes militares y represión de la conflictividad social; 3.2 1980-2000: Sistemas democráticos con conflictos importantes; 3.3 2000-2014: Profundización de la democracia y persistencia de conflictos sociales; 4. El caso de la Guerra del Agua; 4.1 El conflicto; 4.2 La represión; 4.3 Las críticas; 4.4 El diálogo; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio parte de la premisa que el conflicto es inherente a la sociedad y que constituye la razón de ser de la política. No obstante, en el marco de la democracia, es importante que los conflictos se canalicen por cauces de resolución que ofrezcan inclusión, igualdad, justicia y diálogo y que no se supriman a través de la fuerza, la imposición, la represión o la cooptación. En el contexto de desigualdades sociales y presiones internacionales, la resolución pacífica y democrática de conflictos es un desafío importante para muchos gobernantes. En este capítulo se detalla y se analiza un estudio de caso en el que se suscitaron importantes protestas sociales en contra de un acuerdo comercial internacional para demostrar cómo dicho conflicto se abordó primero con la represión y luego con el diálogo, acercándose de esta forma a la gobernabilidad democrática. Concretamente, se abordará la *Guerra del Agua*, que es el nombre que se le dio a un conflicto social suscitado en 2000 por la concesión del agua potable a un consorcio multinacional en la ciudad de Cochabamba, Bolivia.

El capítulo se estructura de la siguiente forma: en el siguiente apartado, se realizan algunas reflexiones teóricas acerca de conceptos clave incluyendo el conflicto, la protesta, la represión y el diálogo; en el tercer apartado, se contextualiza la conflictividad social en relación con los cambios de régimen político en Bolivia; en el cuarto apartado se analiza el conflicto de la *Guerra del Agua* en Bolivia desde la perspectiva

de la resolución de conflictos; en el quinto apartado se ofrecen algunas conclusiones; y en el sexto y último apartado se detallan las referencias empleadas en el estudio.

2. ASPECTOS TEÓRICOS

Para guiar el análisis posterior, en el presente apartado se ofrecen algunas reflexiones teóricas acerca de cuatro conceptos clave para el estudio: el conflicto, la protesta, la represión y el diálogo.

2.1. *El conflicto*

El conflicto es el eje fundamental del concepto de la política. Teniendo en cuenta que siempre se producen diversas opiniones acerca de cómo distribuir los bienes privados, colectivos y de grupo, siempre existirán desacuerdos que necesitan ser regulados (VALLÉS, 2007). Por esta razón, la política ofrece dos vías principales para resolver esas diferencias: imponer una decisión desde arriba (que correspondería más a un sistema autoritario); o aplicar una decisión a través de reglas y pautas previamente pactadas (que correspondería más a un sistema democrático) (WRIGHT, 2009 p. 1). En este capítulo se argumenta por lo tanto que los conflictos son inherentes a la vida social; lo importante es la forma en la que se resuelvan. Del mismo modo, es importante resaltar que la democracia no elimina la posibilidad de que se produzcan conflictos, más bien busca ofrecer normas jurídicas y políticas para garantizar la resolución pacífica de los mismos (Defensoría del Pueblo de Perú, 2005).

El tema de la conflictividad social es particularmente relevante en América Latina, dado que los países de la región se caracterizan por una ausencia generalizada de guerras pero un alto índice de conflictividad social, que en ocasiones se ha acompañado de la violencia (BARREIRA, GONZÁLEZ ARANO, TREJOS ROSERO, 2013). Dicho dato puede considerarse reflejo de las dificultades a la hora de gobernar y satisfacer las expectativas ciudadanas en contextos de baja institucionalización, alta desigualdad social y la implementación de políticas de corte neoliberal (MARTÍ I PUIG, 2009). En los últimos años se han experimentado

momentos de mucha tensión institucional producida por conflictos sociales de diverso tipo incluyendo: los movimientos de protesta que han llevado a cabo la caída de varios presidentes en el poder, como fue el caso de ABDALÁ BUCARAM y JAMIL MAHUAD en Ecuador, FERNANDO DE LA RÚA en Argentina y SÁNCHEZ DE LOZADA en Bolivia. (MAINWARING & HAGOPIAN, 2005); los conflictos que se producen por la apropiación de recursos naturales en territorios indígenas y la concesión de sus tierras (MARTÍ I PUIG, WRIGHT, AYLWIN & YÁÑEZ (2013); y los conflictos armados de larga duración en Perú (Comisión de la Verdad, 2003) o Colombia (BARREIRA, GONZÁLEZ ARANO, TREJOS ROSERO, 2013).

2.2. La protesta

Tanto en América Latina como en otras partes del mundo, cuando existe un agravio, las vías institucionales se encuentran cerradas, los ciudadanos deciden formarse y las condiciones estructurales son favorables, es probable que se produzca un episodio de acción colectiva (TARROW, 2004). Dicha situación constituye una forma de participación política en que actores menos poderosos ejercen presión sobre actores más poderosos, buscando influir en la opinión pública, posibles aliados y en la ciudadanía en términos más amplios. Una acción colectiva o protesta se puede considerar como una manifestación muy intensa de un conflicto social, que en un primer momento no se ha podido resolver a través de la política institucional.

Es importante destacar que el derecho a la protesta pacífica se contempla como un derecho humano en el marco de los derechos a la reunión, a la asamblea y a la libertad de expresión consagrados en instrumentos tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Amnistía Internacional, 2014). Es más, *los Estados tienen una obligación positiva, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, no sólo de proteger activamente las reuniones pacíficas sino también de facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica.* (Amnistía Internacional, 2014 p. 9) Como apunta GARCÍA JARAMILLO en referencia a Roberto GARGARELLA (2008), tanto en Europa como en Estados Unidos y otros países americanos ... *los jueces no han abordado de manera adecuada la cuestión [del derecho a la protesta], en la medi-*

da en que tradicionalmente han tendido a reducir las protestas a actos criminales que deben ser sometidos y juzgados como tales, en lugar de prestar atención a las demandas legítimas de los numerosos grupos que las realizan porque se les ha incumplido lo prometido en las leyes y la Constitución.

Aunque existen varias circunstancias en las que las protestas se prohíben (por ejemplo, por cuestiones de salud u orden público), la protesta constituye una característica fundamental de un sistema democrático saludable en que la libertad de expresión se ejerce. Cuando las protestas se prohíben o se restringen se suele hacer en nombre del *orden público* o para proteger derechos ajenos, en el contexto de alguna emergencia o excepción, tal y como la clasifique el gobierno en cuestión. Como es evidente, esta decisión se basa en cálculos políticos y por lo tanto en muchos casos es cuestionable, tal y como expresan los teóricos de la *securitisation theory* (NEAL, 2006).

2.3. La represión

Es importante destacar que la criminalización de la protesta social puede constituir una forma de represión. De acuerdo con PETER WALDMANN (1995), la represión es: *...la amenaza y uso ilegal, y generalmente clandestino, de la violencia a través de los organismos estatales con el objeto de consolidar las relaciones existentes de poder, y de proteger el orden político-social contra una amenaza real o supuesta* (1995, p. 21). Esa definición tiene la ventaja de ser intencionadamente amplia: incluye tanto la represión estatal como la represión paraestatal; y abarca desde el estado de terror hasta la represión de la delincuencia común. Teniendo en cuenta el pasado y los legados autoritarios de muchos países latinoamericanos (KRUIJT & KOONINGS, 2002; LOVEMAN & DAVIES, 1997; WRIGHT & SOLIZ LANDIVAR, 2013), este amplio concepto es muy adecuado.

Un elemento clave de dicha definición es la intencionalidad de *proteger el orden político-social contra una amenaza real o supuesta* (WALDMANN, 1995 p. 21). En este sentido, el uso de mecanismos de represión por parte de actores poderosos tendrá que ver —en algunos casos— con la dominación de actores menos poderosos pero que en cual-

quier caso constituyen un obstáculo para sus intereses. En el contexto de conflictos sociales suscitados por tratados comerciales internacionales dicha idea es muy relevante.

De acuerdo con CÓRTEZ MORALES (2008), cuando un gobierno busca restringir el derecho a la protesta, existen varias formas para conseguirlo³, incluyendo: las detenciones arbitrarias y otras violaciones del debido proceso; la ilegalización de la protesta social; el agravamiento de las acusaciones; la equiparación de luchadores sociales con delinquentes; y la falta de debido proceso penal. A este listado podríamos agregar dos más: la equiparación de luchadores sociales con terroristas y la aplicación de mecanismos constitucionales para restringir el disfrute de la libertad a la reunión y al tránsito (es decir, los regímenes de excepción). A continuación se ofrece una breve conceptualización de estos dos mecanismos.

En cuanto a las leyes en contra del terrorismo, cabe resaltar que en la historia latinoamericana, éstas se vinculan estrechamente con los regímenes militares que se implantaron en la región a lo largo del siglo XX (LOVEMAN 1993; LOVEMAN & DAVIES, 1997). Entre febrero y diciembre del 1930, los gobiernos de Argentina, Brasil, República Dominicana, Perú y Guatemala se vieron derrocados por el poder militar. Entre 1962 y 1972, hubo una serie de nuevos golpes de Estado seguidos por una represión brutal de la oposición. Como afirman ROUQUIÉ & SUFFERN (1997) *Cualquier intento de cambio social, en especial si lo apoyaban los partidos de izquierda del país, era tachado indiscriminadamente de revolucionario* (p. 291). En ese sentido se desarrolló la doctrina de la seguridad nacional bajo la cual los opositores del régimen era enemigos del Estado y por lo tanto terroristas (ZOVATTO, 1990). En el contexto post 11-S, las leyes anti terroristas vigentes en la región en muchos casos se han endurecido pero es importante destacar que la historia de las mismas va mucho más allá del contexto específico de la geopolítica del terrorismo del siglo XXI.

³ En el artículo, se refiere específicamente a México pero las observaciones siguen siendo válidas a nivel teórico.

Otro mecanismo relevante son los estados de emergencia, que son un tipo de régimen de excepción, entendidos como mecanismos constitucionales o legales que permiten el uso de medidas especiales en contextos de crisis o emergencia. Dichos mecanismos tienen su fuente en la dictadura romana (WRIGHT, 2012), y fueron un mecanismo de gobierno predilecto de los regímenes autoritarios del siglo XX (LOVEMAN, 1993)⁴. Es pertinente reconocer que los estudiosos se han preocupado por los regímenes de excepción que contemplen medidas represivas para hacer frente a crisis de índole social o política tipificadas por el uso de la violencia (ZOVATTO, 1990), precisamente por la suspensión del disfrute de derechos humanos que suelen conllevar. Durante mucho tiempo la Organización de las Naciones Unidas llevó a cabo un seguimiento pormenorizado del uso de los estados de emergencia en todo el momento, proponiendo unos principios básicos y deslegitimando su uso para el caso específico de la represión de las protestas sociales (DESPOUY, 1997).

2.4. El diálogo

Como ya se ha destacado, la represión no se puede considerar una respuesta democrática a los conflictos sociales que se expresan en términos de episodios de protesta. Más bien, lo que sería necesario es encauzar los conflictos sociales hacia la gobernabilidad en un marco democrático, que se compone de dos componentes fundamentales: la legitimidad y la eficacia (ALCÁNTARA SÁEZ, 1994). En contraste con el concepto general de la gobernabilidad (que va más allá del tipo de régimen), la gobernabilidad democrática es aquella que ofrece el gobierno efectivo a través de recursos democráticos (ROJAS ARAVENA y FUENTES SA-AVEDRA 2004).

De acuerdo con las Naciones Unidas (United Nations Systems Staff College et al, 2010), para transformar situaciones de conflicto y violencia es importante ir más allá del cese de la violencia y resolver las causas subyacentes de las mismas, incluyendo la justicia social. En este sentido, se definen distintos tipos de violencia que normalmente ge-

4 Otros términos constitucionales empleados para este efecto son: "estado de excepción", "estado de guerra", "estado de conmoción interior" etc.

neran situaciones de conflicto social: la violencia física, la violencia estructural y la violencia cultural. Para resolver estas situaciones, sería necesario seguir distintas fases en el proceso de paz, incluyendo la construcción de confianza mutua, el diálogo, las negociaciones, el consenso y la implementación, de una forma que ambas partes puedan ver sus necesidades satisfechas. En este sentido, una vez llegada a un acuerdo, será de suma importancia monitorear los resultados y seguir ofreciendo espacios para el diálogo.

Aquí el reto es cómo transformar una situación inicial de violencia y conflicto social de tipo suma-cero en un proceso de diálogo y compromiso democrático. Expondremos esta posibilidad más adelante, a través de la exposición y el análisis de un estudio de caso: la *Guerra el Agua* en Bolivia (2000). Primero, es importante contextualizar la naturaleza de la conflictividad social y el sistema político en dicho país, tarea que constituye el objetivo de la siguiente sección.

3. CONFLICTOS SOCIALES Y RÉGIMEN POLÍTICO EN BOLIVIA

En el presente apartado se ofrece una contextualización de los conflictos sociales y el régimen político en Bolivia, que se divide en tres épocas que corresponden a coyunturas importantes: el periodo comprendido entre 1964 y 1982; el periodo comprendido entre 1982 y 2000; y el periodo comprendido entre 2000 y 2014.

3.1. 1964-1982: Regímenes militares y represión de la conflictividad social

Un aspecto histórico para tener en cuenta al considerar la canalización política de los conflictos sociales en Bolivia es el hecho de que en dicho Estado se produjo una interrupción de la democracia en el siglo XX. Específicamente, es destacable el período de las dictaduras militares de corte conservadora, entre 1964 y 1982. Durante este período, la represión de los sindicatos y movimientos sociales fue particularmente dura en la década de los setenta bajo el mando del General HUGO BANZER. Debido a las fisuras internas entre la elite política-militar

en Bolivia, el régimen transitó a la democracia a finales de la década de los setentas (HAGOPIAN y MAINWARING, 2005). No obstante, el camino a la democracia resultó ser complicado y conflictivo. En efecto, la transición duró casi 5 años (entre 1978 y 1982), y fue marcado por una serie de golpes y contra golpes.

3.2. 1980-2000: Sistemas democráticos con conflictos importantes

Este escenario de conflictividad sería uno de los mayores desafíos para el nuevo régimen durante sus primeros años de vida. En la década de los ochenta y noventa, la conflictividad social tendría que ver tanto con el modelo excluyente de la democracia como con el desacuerdo de muchos sectores sociales (sobre todo los campesinos y mineros) con las profundas reformas económicas neoliberales que se implementaron. Según varios autores, a partir del 1985 el régimen democrático experimentó un alto grado de consolidación gracias al Pacto por la Democracia que produjo estabilidad política (ALCÁNTARA SÁEZ, 1999; Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, 2004; DOMINGO, 2006; BARREDA, 2006; PACHANO, 2006; ROMERO BALLIVIÁN, 2006). Sin embargo, este *modelo de gobernabilidad* tuvo dos fallos básicos: primero, porque más allá de los cambios estructurales neoliberales, no se pudo satisfacer las demandas sociales de los sectores más desfavorecidos del país, y segundo, porque el pacto y la implementación de las políticas neoliberales dependía del uso de mecanismos coercitivos tales como el estado de sitio para mantener el orden (ALENDA, 2003; WHITEHEAD, 2001).

3.3. 2000-2014: Profundización de la democracia y persistencia de conflictos sociales

El año 2000 marcó un cambio de rumbo en el proceso político del país debido a que la ilegitimidad del Pacto de gobernabilidad quedó evidente a través de una serie de convulsiones sociales o ciclos de protesta que empezaron en este año y duraron hasta 2005 (DOMINGO, 2006; MORENO MORALES et al, 2010; ROMERO BALLIVIÁN, 2006; SALMAN, 2007). De forma interesante, la manera en la que los gobernantes buscaron resolver dichos conflictos fue simplemente abandonar el poder en

vez de instaurar procesos genuinos de diálogo. Luego, fue en el 2005 que resultó electo el Presidente Evo MORALES, de origen campesino-indígena y sindicalista, que luego diseñaría un sistema político nuevo con la Constitución de 2009.

A pesar de los amplios cambios experimentados en Bolivia a partir del 2000 y la posibilidad de una consolidación democrática más profunda, se han producido nuevos e importantes conflictos sociales. Entre 2000 y 2006, se calculan que se produjeron unos 3.167 conflictos sociales en Bolivia (LASERNA & VILLARROEL, 2008). Específicamente, se han visto varios conflictos entre distintas regiones y proyectos políticos (ASSIES, 2006) y entre los diversos sectores del movimiento indígena. No obstante, lo que ha marcado la conflictividad social desde el 2000 es el modelo de desarrollo económico neoliberal, las privatizaciones y las concesiones de los recursos naturales (ROSSELL ARCE, 2011). En este sentido, Bolivia sigue una pauta que se encuentra en gran parte de América Latina (MARTÍ I PUIG, WRIGHT, AYLWIN y YÁÑEZ, 2013). El problema es el grado de violencia del que muchas veces se acompañan dichos procesos.

A través de este recorrido de diversas etapas en la historia política reciente de Bolivia, se ha demostrado cómo los conflictos sociales han acompañado los diversos procesos y en algún momento han servido para catalizar el cambio de régimen. De la misma forma, se ha detallado cómo en gran parte las respuestas a dichos conflictos han pasado por la criminalización, la represión e incluso el abandono del poder pero no *por el diálogo*. La tarea pendiente es doble: por una parte, buscar anticipar conflictos latentes y resolverlos de forma anticipada a través de mecanismos de consulta, diálogo e información en el marco de la gobernabilidad democrática; y por otra, en aquellos casos en que un conflicto ya se ha estallado, democratizar la respuesta gubernamental al ir desde la represión al diálogo. En el siguiente apartado se detalla un conflicto muy ilustrativo en este sentido: Además de ser representativo de los procesos políticos vividos en Bolivia desde 2000, permite ver cómo es posible democratizar la respuesta a los conflictos sociales, pasando desde la represión al diálogo y marcando precedentes para el futuro.

4. EL CASO DE LA GUERRA DEL AGUA

En este apartado se ofrece un caso clave de un conflicto social suscitado por un acuerdo comercio internacional: la “Guerra del Agua” en Bolivia. Se abordarán diversos aspectos del proceso incluyendo el conflicto, la represión, las críticas y el diálogo posterior.

4.1. *El conflicto*⁵

Entre enero y abril 2000, se produjeron una serie de protestas en la ciudad de Cochabamba, un importante punto económico en el centro de Bolivia. La causa del conflicto fue la oposición social a la decisión de vender la distribución de agua de la ciudad a *Aguas del Tunari*, un consorcio multinacional. Dicho consorcio contaba con la participación de empresas estadounidenses, españolas y bolivianas, que firmaron un contrato con el ex dictador y entonces presidente HUGO BANZER. Como consecuencias de un alza considerable de las tarifas y las restricciones en el uso del agua, muchos ciudadanos levantaron quejas y algunos dirigentes sociales buscaron establecer diálogo con las autoridades de la ciudad. A pesar de las negociaciones, se produjo un paro total de las actividades de Cochabamba los días 4 y 5 de abril debido a los bloqueos de las carreteras principales por los campesinos de 6 de los 9 distritos del país.

Como resultado de las negociaciones entre los dirigentes sociales que se autodenominaron *La Coordinadora del Agua* y que decían representar la soberanía popular, el arzobispo de la ciudad anunció a la multitud que el contrato de privatización del agua se había roto. No obstante, ante la negativa del gobierno central de reconocer las negociaciones como válidas, las protestas y el conflicto se intensificaron. La ciudad seguía totalmente paralizada y, dado que es un punto clave en la geografía del país, este hecho tuvo un impacto directo sobre el funcionamiento normal de toda Bolivia. Este episodio fue un punto de partida que abrió

5 La información en esta sección proviene de las siguientes fuentes: AMNESTY USA, 2000; Defensor del Pueblo, Recurso de hábeas corpus, 10 de abril del 2000; Congreso de Bolivia 2000. Sobre este episodio se recomiendan los trabajos de ASSIES (2003), ASSIES & SALMAN (2003), RODAS (2006), ROMERO (2006). También resulta interesante la película que se inspiró en las protestas acerca de la privatización del agua *También la lluvia* (2010).

una ventana de oportunidades políticas llevando incluso a protestas por otros motivos, incluyendo una huelga de hambre realizada por policías en la ciudad de la Paz que extendió a varios activistas y dirigentes sociales de la Central Obrera Boliviana (COB). En este contexto, para el día 7 de abril el conflicto social en Bolivia estaba en un momento crítico.

4.2. La represión

Frente a estas circunstancias, el día 8 de abril a las 10.15 horas, el Gobierno boliviano, con el Decreto Supremo No. 25730, declaró el *estado de sitio* en todo el territorio nacional durante 90 días. El estado de sitio es un régimen de excepción constitucional contemplado en la constitución de 1967 y que facilita tanto el despliegue de las fuerzas armadas como la suspensión del disfrute de los derechos civiles, sin especificar cuáles pueden ser sujetos de dicha suspensión.⁶ Este mecanismo fue una medida preferida por los gobiernos militares de la década de los setenta y se usó de forma reiterada durante las primeras dos décadas de la democracia para implementar reformas estructurales y medidas de ajuste (ALENDA, 2003). Según el mismo decreto No. 25730, era necesario recurrir a este mecanismo por dos razones: el impacto de los hechos ocurridos en Cochabamba sobre *el normal desenvolvimiento de las actividades ciudadanas* en el resto del país; y el hecho de que algunos sectores de la población se habían establecido como representantes de la voluntad popular —refiriéndose a la Coordinadora del Agua— lo cual socavaba la posición de las autoridades elegidas por medio de elecciones democráticas.

La primera medida que ordenó el gobierno fue detener a 22 de los más importantes dirigentes sindicales y campesinos del país y confinarlos en la remota ciudad tropical de San Joaquín. Esta medida se realizó el día 7 de abril, la víspera de la declaratoria del estado de sitio. Como consecuencia de esta medida percibida como represiva, se produjeron varios enfrentamientos violentos en Cochabamba entre los manifestantes y las fuerzas de la seguridad. Por su parte, el ejército intentó levantar los bloqueos de carreteras y mover físicamente a los campesinos, lo cual

6 Sobre el estado de sitio en Bolivia ver WRIGHT & SOLIZ LANDIVAR (2013).

produjo varios heridos y dos muertos en Achacachí, cerca de La Paz. Frente a estas medidas, una multitud de ciudadanos seguía levantándose en huelgas y manifestaciones. De forma paralela, relativo al conflicto que se extendió a la Paz, se ordenó a la policía antidisturbios asaltar los locales de la Central Obrera Boliviana (COB) para detener a los manifestantes, quienes estaban en huelga de hambre. Sin embargo, el grupo de policías antidisturbios se amotinó, lo cual hizo que la medida resultara totalmente ineficaz. Frente a esta situación, las policías, los estudiantes y los bomberos también se manifestaron para apoyar las demandas.

Queda claro que las medidas represivas empleadas bajo el estado de sitio sirvieron para agudizar las tensiones y polarizar aún más el conflicto. En términos de víctimas, dieron lugar a varios muertos y docenas de heridos.

4.3. Las críticas

Un aspecto muy importante del conflicto en cuanto al consorcio de Aguas del Tunari fueron las críticas que se suscitaron entre actores políticos de gran transcendencia, incluyendo el Congreso de la República, Amnistía Internacional y —de forma clave— la Defensoría del Pueblo. De esta manera, se puede hablar de un elemento de accountability horizontal (O'DONNELL, 2007) en un momento de alta tensión y represión. A continuación se trazan brevemente las críticas de cada uno de los actores mencionados arriba.

En la octava sesión ordinaria del Congreso del año 2000, se produjo un fuerte debate acerca de la declaratoria del estado de sitio. Aunque la decisión fue apoyada por miembros del Acción Democrática Nacionalista (ADN) y del Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR) (que formaban la coalición gobernante), los otros partidos criticaron la decisión de declarar el estado de sitio por varios motivos. Los Diputados del Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR), de Conciencia de Patria (CONDEPA) y de Izquierda Unida afirmaron que las medidas represivas eran una consecuencia de la mala gestión gubernamental de los problemas sociales y económicos de los ciudadanos bolivianos. Además, los representantes del MNR afirmaron que, en contraste con los

estados de sitio declarados cuando su partido estaba en gobierno, en vez de solucionar un conflicto, sólo haría que empeorara.

No se debe pasar por alto la importancia en sí del debate en el Congreso, ya que representa un proceso de democratización de medidas altamente represivas. Como afirmó el Diputado DIEZ VACA del MIR: *...quisiera saludar el hecho de que el tratamiento {...} de una medida de excepción constitucional, como el Estado de Sitio, lo hagamos en este ambiente, un ambiente de calma, de reflexión, de análisis, de crítica, de cara a la gente a través de la televisión boliviana, un ambiente realmente democrático señor Presidente, porque uno no puede olvidar el pasado Estado de sitio {...} cuando debatíamos {...}, apagaron las luces y disolvieron la Sesión y nunca pudimos terminar la consideración y menos aún la aprobación de ese Estado de sitio.* (Congreso de Bolivia, 2000).

Evaluando el estado de sitio de abril 2000, AMNESTY USA hace las siguientes críticas: detenciones arbitrarias; condiciones de reclusión crueles, inhumanas o degradantes; muertes durante enfrentamientos violentos entre los manifestantes y el ejército; bloqueo informativo; y uso desproporcionado de la fuerza que iba más allá de lo que preveía la ley. (AMNESTY USA, 2000). Sin duda, con las observaciones realizadas por dicha organización no gubernamental internacional, la imagen del gobierno de BANZER ante la comunidad internacional empeoró.

No obstante, la crítica más importante hacia el uso del estado de sitio vino desde el Defensor del Pueblo, organización de *accountability horizontal* que fue creada en 1999. El 10 de abril 2000, la primera defensora, ANA MARÍA ROMERO planteó y ganó un recurso de Hábeas Corpus a nombre de varios ciudadanos detenidos la víspera de la declaratoria del estado de sitio. Fundándose en los tratados internacionales de derechos humanos tales como El Convenio Inter-americano de Derechos Humanos, argumentó que, como la ley no puede ser retroactiva, las detenciones de dirigentes campesinos del día 7 en sí eran ilegales ya que normalmente para una detención hace falta un mandamiento de aprehensión emanado de autoridad competente, es decir un juez o fiscal. Del mismo modo, en el caso de los individuos detenidos en La Paz, Cochabamba y Patacamaya, después de la declaratoria, señaló que no

existía una orden de arresto emanada de autoridad legítima, ni fueron remitidos a un juez competente. Entonces, como los requisitos no se cumplieron en ambos casos, la Defensora del Pueblo afirmó que todas las detenciones habían sido ilegales. (Recurso de Hábeas Corpus, 10 de abril 2000)

El recurso fue declarado procedente, una decisión ratificada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 439/2000. Según dicha sentencia: *las autoridades recurridas han actuado con exceso de poder y abuso de autoridad, atentando contra los derechos y garantías que la Constitución consagra aún para los casos de estados de excepción.* Fue la primera vez en la historia democrática de Bolivia que un tribunal había establecido daños y perjuicios por acciones ilegales realizadas durante un estado de sitio. Según El Informe de 2001 del Defensor del Pueblo al Congreso, marcó *un hito histórico en la vida constitucional del país* ya que a partir de entonces “esta medida excepcional no es sinónimo de dictadura ni de violación de derechos, sino que tiene límites y reglas constitucionales...” (Defensor del Pueblo, 2001 p. 180).

4.4. El diálogo

Como no se pudo resolver el conflicto con medidas de fuerza, el Gobierno entabló negociaciones con los distintos actores sociales. En cuanto a la Coordinadora de Agua de Cochabamba, el lunes 10 de abril el gobierno concedió todas sus peticiones y confirmó la retirada del consorcio multinacional. Dos días más tarde, la Coordinadora desconvocó las protestas en Cochabamba y el conflicto poco a poco fue disminuyendo. Con respeto a los bloqueos de carreteras, el viernes 14 de abril los campesinos decidieron establecer una tregua durante 90 días, tras firmar un convenio que incluía la liberación de detenidos y la indemnización a familiares de campesinos heridos. Finalmente, en cuanto al conflicto con los policías el Gobierno concedió el aumento del sueldo que se había exigido a través de la huelga arriba mencionada.

A pesar de que los principales conflictos se canalizaran hacia el diálogo después de pocos días, los estudiantes seguían en las calles y el ejército seguía presente en las calles de La Paz y Cochabamba. Este hecho refleja que el uso de una medida altamente represiva por parte

del Gobierno sólo logró empeorar la situación y crear nuevas tensiones sociales. Por fin, el día 20 de abril se levantó el estado de sitio y todos los detenidos quedaron en libertad sin cargos. Fue el estado de sitio más corto de la historia democrática de Bolivia y el que explica gran parte del desprestigio que tiene el mecanismo constitucional hoy en el país. En vez de solucionar un conflicto grave para proteger la democracia, mostró la incapacidad del Gobierno de atender a las demandas sociales y el poder del pueblo para hacer valer sus demandas por vías poco institucionales. Como explicó un Ministro de CONDEPA en el debate del día 12 de abril: *la gente está cabreada, por eso es que no respeta el estado de sitio, antes al día siguiente de haberse declarado el estado de sitio, se paraba en seco las movilizaciones y las acciones de los trabajadores y de los sectores sociales y ahora no pasa eso.* (Congreso de Bolivia, 2000)

5. CONCLUSIONES

El estado de sitio declarado en 2000 frente al conflicto social conocido como la *Guerra del Agua* es un ejemplo de cómo la represión de un conflicto social puede canalizarse al diálogo. No cabe duda que la presencia de la Defensora del Pueblo fue clave como mecanismo de *accountability horizontal*. Para ANA MARÍA ROMERO, primera Defensora del Pueblo de Bolivia, el estado de sitio es un contrapeso necesario para la democracia, pero tradicionalmente los políticos no se habían visto obligados a rendir cuentas de sus actos. Ella cita una conversación con HUGO BANZER en que ella le explicó que el estado de sitio no se puede gestionar de esta manera: *El respondió, muy enojado, que todos sus antecesores habían actuado de la misma manera. Le expliqué serenamente que entonces no había un Defensor del Pueblo y ahora sí.* (ROMERO, 2006, p. 127). Tal fue el impacto de este episodio de conflicto, que en Octubre del 2000 se redactó una ley (Ley 2140) diseñada para tratar con crisis y desastres de diverso índole (incluyendo conflictos sociales) desde la perspectiva de la prevención y de la gestión de riesgos y no desde la represión (WRIGHT & SOLIZ LANDIVAR, 2013).

No obstante estos importantes avances, también es imprescindible destacar que se siguen produciendo conflictos sociales en Bolivia y que

—en algunas ocasiones— la respuesta gubernamental ha pasado por la represión antes que el diálogo. Así fue el caso del conflicto de Pando en 2008 o de la carretera en el territorio indígena y parque nacional Isiboro-Secure (TIPNIS) en 2011. No obstante, desde 2000 se ha buscado el diálogo y el monitoreo de los conflictos, muchos veces producidos por las concesiones de territorios y/o recursos a empresas extranjeras —como fue el caso abordado aquí— a través de instancias como el propio Defensor del Pueblo o el Observatorio de Conflictos Sociales de la Universidad Católica Boliviana.

En este sentido cabe recordar que lo importante es canalizar conflictos latentes hacia al diálogo democrático *antes de que se estallen*. El caso del contrato con el consorcio multinacional *Aguas del Tunari* con el conflicto que creó en 2000 pone de manifiesto cómo en situaciones de pobreza y desigualdad, los acuerdos comerciales suscritos con empresas internacionales pueden encontrarse con bajos niveles de legitimidad entre la población, sobre todo si dichas privatizaciones vuelven más costosos algo tan básico como es el agua potable y —lo que es casi más grave— los ciudadanos no son consultados al respecto de antemano. Por lo tanto, contar con mecanismos de consulta con la población debería ser una prioridad para aquellos gobiernos que se enfrentan con desafíos importantes en términos de crecimiento económico, desigualdades sociales y socios internacionales.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁNTARA SÁEZ, M. (1999): *Sistemas Políticos de América Latina: Volumen I: América Del Sur*. Tecnos: Madrid.
- ALCÁNTARA SÁEZ, M. (1994) De la gobernabilidad. *América Latina Hoy* No. 008, 7-13.
- ALEND, S. (2003) Bolivia: la erosión del pacto democrático. *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, 18:1-2, 3-22.
- AMNESTY USA (2000): Bolivia: República de Bolivia. Disponible en www.amnestyusa.org.

- Amnistía Internacional (2014) España: el derecho a protestar, amenazado. Disponible en www.amnesty.org.
- ASSIES W. & SALMAN, T. (2003). *Crisis in Bolivia: The Elections of 2002 and their Aftermath*. Institute of Latin American Studies: Londres.
- ASSIES, W. (2003). DAVID versus Goliath: Water Rights, Neoliberalism, and the Revival of Social Protest in Cochabamba, Bolivia. *Latin American Perspectives* 30(14), 14-36.
- BARREDA, M. (2006): De la democracia pactada al proceso constituyente: ¿hacia un nuevo modelo de gobernabilidad en Bolivia. En P. DOMINGO (Ed). *Bolivia: Fin de un ciclo y nuevas perspectivas políticas (1993-2003)*. (pp. 65-92). Barcelona: Edicions Bellaterra.
- BARREIRA, C. GONZÁLEZ ARANO, R. & TREJOS ROSERO, L. (Eds.) (2013). *Violencia política y conflictos sociales en América Latina*. Barranquilla: Universidad del Norte/CLACSO.
- CVR (2003) Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, disponible en www.cverdad.org.pe
- Congreso de Bolivia (2000). Octava Sesión Ordinaria de Congreso Nacional, miércoles 12 de abril de 2000. Disponible en http://www.congreso.gov.bo/libros/leg_99_2000-VIII.htm
- CÓRTEZ MORALES, E. (2008) Criminalización de la protesta social en México. *El cotidiano* 23(150), 73-76.
- Defensor del Pueblo de Bolivia (2000), *Recurso de hábeas corpus*, presentado el 10 de abril del 2000
- Defensoría del Pueblo de Perú (2005). *Ante todo, el diálogo: Defensoría del Pueblo y conflictos sociales y políticos*. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- DESPOUY, LEANDRO (1997) *Report by the UN Special Rapporteur, Mr LEANDRO DESPOUY, on the question of Human Rights and States of Emergency*. United Nations Document no. E/CN.4/Sub.2/1997/19

- DOMINGO, P. (2006). Introducción. En P. DOMINGO (Ed). *Bolivia: Fin de un ciclo y nuevas perspectivas políticas (1993-2003)*. (pp. 3-10). Barcelona: Edicions Bellatera.
- GARCÍA JARAMILLO, L. (2008) La relación entre el derecho a la protesta y las teorías deliberativas de la democracia en la obra de R. GARGARELLA. *Co-herencia* 5(8).
- United Nations System Staff College, Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans, Institut Català Internacional per la Pau. (2010) *Indigenous Peoples and Peacebuilding. A Compilation of Best Practices*. Turin: United Nations System Staff College.
- HAGOPIAN, F. & MAINWARING, S.P. (2005) *The Third Wave of Democratization in Latin America. Advances and Setbacks*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya (2004). Perfiles nacionales de gobernabilidad: República de Bolivia disponible en www.iigov.org.
- KRUIJT, D. & KOONINGS, K. (2002) *Las sociedades de miedo*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- LASERNA, R. & VILLARROEL, M. (2008). *Enero de 1970-Enero de 2008: 38 años de conflictos sociales en Bolivia*. Cochabamba: CERES.
- LOVEMAN, B. (1993) *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh.
- LOVEMAN, B. & DAVIES, T.M. (1997). *The politics of antipolitics. The Military in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh.
- MARTÍ I PUIG, S. (2009) Los multiples debates (y realidades) de la democracia en América Latina. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 85-86, 53-74.
- MARTÍ I PUIG, S., WRIGHT, C. AYLWIN, J. & YÁÑEZ, N. (2013) *Entre el desarrollo y el buen vivir. Recursos naturales y conflictos en los territorios indígenas*. Madrid: La Catarata.

- MORENO MORALES, DANIEL E, CÓRDOVA EGUÍVAR, EDUARDO, SCHWARZ BLUM, VIVIAN, VARGAS VILLAZÓN, GONZALO, VILLARROEL NIKITENKO, MIGUEL (2010) *Cultura Política de la democracia en Bolivia, 2010*. Cochabamba, Bolivia: Comunidad de Estudios Sociales y Acción Pública/LAPOP.
- NEAL, ANDREW W (2006): Foucault in Guantánamo: towards an Archaeology of the Exception. *Security Dialogue*, 37(1), 31-46.
- O'DONNELL, G. (1997): *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Buenos Aires: Paidós.
- PACHANO, S. (2006): El peso de lo institucional: auge y caída del modelo boliviano. *América Latina Hoy* 43, 15-30.
- RODAS, H. (2006): Postideología y rebeliones sociales en Bolivia (1985-2003). En P. DOMINGO (Ed.) *Bolivia: Fin de un ciclo y nuevas perspectivas políticas (1993-2003)* (pp. 197-226). Barcelona: Edicions Bellatera.
- ROJAS ARAVENA, F. & FUENTES SAAVEDRA, C. (2004). *Gobernabilidad en América Latina: Informe Regional 2004*. Santiago de Chile: FLACSO.
- ROMERO, A.M. (2006): El Defensor del Pueblo como puente entre la sociedad y el Estado. En P. DOMINGO (Ed.) *Bolivia: Fin de un ciclo y nuevas perspectivas políticas (1993-2003)*. (pp. 119-130). Barcelona: Edicions Bellatera.
- ROMERO BALLIVIÁN, S. (2006). Análisis de la Elección Presidencial de 2005 en Bolivia. *América Latina Hoy* 43, 31-61.
- ROSSELL ARCE, P. (2011) ¿El parteaguas del Evismo? Bolivia después del conflicto del TIPNIS *Nueva Sociedad* 237, 4-16.
- ROUQUIÉ, A. & SUFFERN, S. (1997) Los militares en la política latinoamericana desde 1930. En L. BETHELL *Historia de América Latina 12 Política y Sociedad desde 1930*. (pp. 281-341) Barcelona: Crítica Grijalbo.
- SALMAN, T. (2007) Bolivia and the Paradoxes of Democratic Consolidation. *Latin American Perspectives*, 34, 111-130.

- TARROW, S. (2004) *El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Madrid: Alianza Ensayo.
- WALDMANN, P. (1995) Represión Estatal y Paraestatal en Latinoamérica. *América Latina Hoy*, 10, 21-28.
- WHITEHEAD, L. (2001). The viability of Democracy. En J. Crabtree & L. WHITEHEAD (Eds.) *Towards democratic viability: The Bolivian Experience*. (pp. 3-20). Basingstoke: Palgrave.
- WRIGHT, C. (2009). Los diputados latinoamericanos y su preocupación por la conflictividad. No. 1 *Boletín Élités, Universidad de Salamanca*. Disponible en <http://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/108478>
- WRIGHT, C. (2012). Going Beyond the Roman Dictator: a Comprehensive Approach to Emergency Rule, with Evidence from Latin America. *Democratization* 19(4): 713-734.
- WRIGHT, C. & SOLIZ LANDIVAR, A. (2013) De instrumentos militares de la dictadura a instrumentos políticos de democracia. Regímenes de excepción en Bolivia 2000-2010. *Revista Política* 52(1), 31-59.
- ZOVATTO, D. (1990) *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*. Caracas/ San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana.

Prohibida la reproducción de este
libro total o parcial por cualquier medio
sin autorización del editor

Esta obra se terminó de imprimir en:
Noviembre de 2015

Acerca de la obra: Las relaciones comerciales internacionales son un tema en desarrollo por incidir cada vez más en la esfera personal del individuo que vive en un mundo globalizado e interconectado. Ese dinamismo acentuado en un momento histórico donde la tecnología ha facilitado el comercio internacional hace de la presente obra un referente donde se brinda al lector una perspectiva amplia sobre los principales frentes de desarrollo y, por ende, de estudio científico en las relaciones comerciales internacionales.

Es por todo lo anterior que la obra adopta un diseño que privilegia el abordaje de temas bajo dos enfoques: El jurídico que aporta una visión sobre el negocio jurídico internacional y la solución de conflictos a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en la esfera internacional; así como el enfoque social que aporta una visión del impacto de la solución de conflictos comerciales y de inversión en el ciudadano.

